80

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

80

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Baden. Oberhofgericht

Jahrbücher

des

Grossherzoglich Badischen Oberhofgerichts.

Sammlung

einiger neuern, bei dem Großherzoglich Badischen Oberhofgerichte im Criminal- und Civilfache ergangenen Erkenntnisse und Verfügungen, mit besonderer Rücksicht auf das neue Proceß-Verfahren.

Herausgegeben

und mit Bemerkungen versehen

vom

Geheimenrath und Oberhofrichter

von Hohnhorst.

Neue Folge.

Erster Jahrgang 1833.

(Der ganzen Sammlung achter Jahrgang.)

Mannheim.

Verlag der Schwan- und Götzischen Hofbuchhandlung.

1834.

Digitized by Google

JAN 15 1912

Digitized by Google

Inhalt.

I. Gegenstände des neuen Proceßrechts, und Entscheidungen unter dessen Herrschaft.

Berechnung der Zinsen bei der Ordinationssumme. — Anwendung der neuen Proceßordnung auf Ehescheidungsfälle. — Einrechnung der Proceßkosten in die Appellationssumme. — Berechnung der Appellations-Fatalien, wenn die Entscheidungsgründe nicht zugleich mit dem Urtheile publicirt wurden. — Berufungssumme bei Sterbfällen und ähnlichen Lasten. — Superrevision nach Einführung des neuen Proceßrechts. — Amortisation von Schuld-Urkunden. — Wiedereinforderung der remittirten untergerichtlichen Acten. — Nachträge zum Oberappell. Libell. Seite 1 — 20.

Bau- und Reparationskosten an Schulhäusern, Begriff von Hauptreparaturen an geistlichen Gebäuden. — Privilegirtes Forum des Großh. Fiscus bei persönlichen Klagen. — Berechtigung der Grundherren zur Entlassung ihrer Administrativ- und Cameral-Beamten. — Zwei Entscheidungen des Oberhofgerichts über eine zweifelhafte richterliche Competenz, nach §. 51. und 75. der neuen Proceßordnung. S. 99 — 124.

Streit über den Heimfall eines angeblichen Erblehens. — Berechnung der O. Appellations-Summe, wenn mehrere Posten, die auf dem nämlichen Klaggrund beruhen, in den ersten Instanzen getrennt eingeklagt sind. — Streit über die Gültigkeit eines Testaments der Ehefrau, so weit es den Ehevertrag abändert. — Ob bei der Wiederherstellungsklage die Abnahme des Restitutionseides den weitern Verhandlungen vorausgehen müsse, nach dem neuen Proceßverfahren. — Ob die Fatalien der Appellation von der Zeit an zu laufen anfangen, wo der Richter erster Instanz sein Urtheil unmittelbar an das G. Fiscalat eingesendet hat. — Unterschied zwischen einem eigentlichen Vormund oder Pfleger minderjähriger Kinder und einem vormundschaftlichen Beistande, hinsichtlich seiner Verantwortlichkeit, aus L. R. Satz 430. S. 179 — 196.

Anfechtung mehrerer Testamente aus verschiedenen Nichtigkeitsgründen. — Verbindlichkeiten des Staats zur Entschädigung eines vormals grundherrlichen Dieners, welcher durch die Landesherrlichen Verordnungen vom 20. May 1809. und 14. May 1813. an seinen Sporteln und Gebühren verkürzt ward. S. 265 — 290.

Digitized by Google

Nichtigkeit eines mittelinstanzlichen Urtheils, wegen eines in den Entscheidungsgründen angeblich enthaltenen falschen Rechtssatzes. — Ob es eine Beschwerde über verletzte Vorschrift des Verfahrens begründe, wenn von der zweiten Instanz, vor dem Endurtheile, nicht auf bessern Beweis interloquirt wurde? — Von der nützlichen Geschäftsführung. Daneben von dem Begriffe eines allgemeinen Vergleichs nach L. R. S. 2057. und von der Zulässigkeit eines neuen Beweises in dritter Instanz. — Zulässigkeit einer Streitverkündung. — Zwei Besitzklagen, welche seit Einführung des neuen Proceßrechts beim Oberhofgerichte vorkamen. — Wirkungen der Einkindschaft, wenn bei Auflößung der Ehe, für welche sie errichtet ward, nur zugebrachte Kinder des einen Ehetheils, und keine Kinder aus der letzten Ehe vorhanden sind. S. 363 — 396.

Zuläßigkeit des Beweißes eines Formfehlrers in einem öffentlichen Testamente, durch die Testamentszeugen. — Einwerfung der Schenkungen unter Lebenden in die Erbschaftsmasse, nach L. R. Satz 845. Minderung einer solchen Schenkung wegen verletzten Pflichttheils. — Befugniß der Minderjährigen über ihr Vermögen durch Schenkungen unter den Lebenden und durch letzten Willen zu disponiren. L. R. Sätze 903. 904. — Anscheinender Widerspruch zwischen dem L. R. Satz 676. und einer Polizeiverordnung der Stadt Freiburg, und daraus entstandener Streit darüber, ob die Sache vor die Polizei oder die richterliche Behörde gehöre. S. 451 — 466.

II. Entscheidungen unter der Herrschaft des ältern Proceßverfahrens.

Compensation einer Schuldforderung. — Befugniß des Richters zu einer Abänderung an der Formel des deferirten Eides. — Competenz der Badischen Gerichte in einem Rechtsstreite über die Stammguts-Eigenschaft. — Erbanfälle des Vermögens der Vermißten und Verschollenen. — Beweislast bei der Negatorienklage, wenn der Beklagte im Besitze ist. — Gesetzliches Unterpfandsrecht der Kinder an dem Vermögen ihres Vaters während dem Nießbrauche desselben. — Ist der Vormund als ein ungültiger Testamentszeuge unter dem Verbote des L. R. Satzes 975. begriffen? und gibt eine von der Parthie in den vordern Instanzen nicht gerügte, aber demnächst nachgetragene, oder von dem Richter aufgefundene Verwandtschaft des Testamentszeugen, einen Nichtigkeitsgrund des letzten Willens ab? S. 23 — 54.

Förmlichkeiten und Fristen bei dem Ehescheidungsverfahren auf wechselseitige Einwilligung. — Ist die schriftliche Abfassung eines Vergleichs, und die doppelte Ausfertigung der darüber errichteten Privaturkunde zu dessen Rechtsgültigkeit erforderlich? — Kann ein im ersten Gant für mundtodt Erklärter, gültiger Testamentszeuge seyn? — Können Verzugszinsen mittelst einer besondern Klage nachgefordert werden, wenn die Hauptschuld bereits bezahlt, und darüber ohne Vorbehalt quittirt ist? — Wirkungen einer über das ehemännliche Vermögen ausgebrochenen Gant auf frühere Eheverträge. S. 125 — 150.

Kann ein Theil der Miterben auf die öffentliche Versteigerung derjenigen Güterstücke, welche andern Miterben im Stücke vermacht sind, zur Regulirung ihres Pflichttheils dringen? — Ob die Trunkenheit einen gültigen Rechtsgrund zur Annullirung eines Vertrags abgibt? S. 199 — 212.

Digitized by Google

Ist die Ehefrau verbunden, für die Hälfte der von ihrem Ehemann während der Ehe gemachten Schulden zu haften, in Folge der Errungenschafts-Gemeinschaft? — Verantwortlichkeit des Gewalthabers aus einem Versehen oder Vergehen, nach gemeinem Rechte. — Kann ein Amtsrevisor, der bei einem öffentlichen Testamente als Zeuge auftritt, für zwei Zeugen gezählt werden? Ergänzung des Aufsatzes im 7. Theile der oberhofgerichtl. Jahrbücher S. 280. folg. — Defraudationsfall. In wie weit ist es als Defraudation zu betrachten, wenn Weine in einem Privatkeller, der in der Nähe des Wirthschaftskellers sich befindet, unveraccist eingelegt werden? S. 291 — 320.

Wann tritt der Fall ein, daß der Cessionar, in analoger Anwendung des L. R. Satzes 1653., wegen einer „drohenden" Entwährung, den Kaufpreis für eine verkaufte Forderung zurückhalten darf? — Entschädigungs-Verbindlichkeit des Verpächters eines Gutes gegen seinen Pächter, für geleistete Kriegsfrohnden. — Kann die durch die Eheordnung §. 49. lit. c. dem unschuldig geschiedenen Ehegatten zugewiesene Quart des ehemännlichen Vermögens, noch jetzt neben den L. R. Sätzen 300. und 301. fortbestehen, oder ist sie durch diese aufgehoben? — Rückgriff auf den Schenknehmer, wenn in der über das Vermögen des Schenkgebers ausgebrochenen Gant, dieses nicht zur Zahlung der Gläubiger hinreicht. S. 399 — 432.

Ist nach dem Badischen Landrechte, eine Klage aus dem sogenannten Differenzien-Handel von Staatspapieren zulässig? — Rechtsstreit über die Auslegung eines Lieferungsvertrags. — In wie weit ist die Form des L. R. Satzes 1325. bei solchen schriftlichen Lieferungsverträgen zu beobachten, wenn sie volle Beweiskraft haben sollen? S. 467 — 494.

III. Gegenstände des peinlichen Rechts.

Glaubwürdigkeit des Zeugnisses der Forstbedienten bei Wilderei-verbrechen und Jagdfreveln. — Vergiftung einer Haushaltung durch einen 16jährigen Burschen. S. 57 — 63.

Tumult, Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit, Aufstand. Charakteristische Merkmale dieser Verbrechen. S. 151 — 162.

Majestätsverbrechen und Hochverrath. — Ist das Superarbitrium des Medicinalreferenten nothwendig, um bei Verwundungen, nach §. 71. des Strafedicts, zu ermessen, ob sie zu den peinlichen Verbrechen zu zählen sind? S. 215 — 240.

Muthwillige Tödtung, schwere Verwundung und Beraubung, verübt durch einen 17jährigen Burschen. — Waarenverfälschung nach §. 50. des Straf-Edicts. — Reicht die Aussage des Vaters eines Inculpaten, verbunden mit mehreren Inzichten, hin, um gegen denselben das „schuldig" auszusprechen? S. 323 — 346.

Kindsmord. Fall, wo als rechtliche Milderungsgründe, um von der Todesstrafe abzugehen, die Hülflosigkeit der Verbrecherin und ihre beschränkten Verstandeskräfte vom Oberhofgerichte angenommen wurden. S. 435 — 440.

Preßvergehen. Angebliche Ehrenkränkung des Großh. Bad. Gendarmerie-Corps durch einen Aufsatz in dem Tageblatte „der Schwarzwälder." S. 497 — 506.

IV. Miscellen und Nachträge.

Bemerkungen über den Einfluß der neuen Proceßordnung auf den Geschäftsgang des Oberhofgerichts, am Schlusse des Jahres 1832. — Verfügung an die Advocaten, das schriftliche Verfahren auf wechselseitige Einwilligung betreffend. — Vollmachten beim Oberhofgerichte. — Anticipationsgebühren. — Restitution gegen oberhofgerichtliche Erkenntnisse. — Zulässigkeit der Zeugen über solche Artikel, über welche schon in frühern Instanzen Zeugen abgehört sind. — Einige Worte über das oberhofgerichtliche Urtheil vom 23. Februar d. J. in Sachen des G. Staatsanwalts gegen den Hofrath und Professor Welker in Freiburg. — Offenbarungs-Eid. — Kann die Special-Vollmacht zur Eideszuschiebung bei den mündlichen Verhandlungen in dritter Instanz nachgebracht werden? — Ist, wenn der Beweis anticipirt worden, der Richter verbunden, ein besonderes Beweißerkenntnis nach §. 393. der Pr.-Ordnung vorausgehen zu lassen, oder kann er zugleich auf die Zulassung eines anticipirten Beweismittels erkennen. — Analoge Anwendung der im Satze 92. a. f. des Handelsrechts bestimmten 14tägigen Klagverjährung für den Kaufbesorger, auf einen reinen Kauf und Verkauf. — Zulässigkeit einer Provocation ex lege diffamari, wenn der Provocant im Besitze des Streitobjects ist. S. 65 — 96.

Das Recht der Gerichte, sogenannte gemeine Bescheide oder allgemeine Verfügungen zu geben. — Ueber die Anwendbarkeit des §. 1115. der neuen Proceßordnung in der Appellations-Instanz, bezüglich auf den Vortrag neuer Thatsachen und die Nachbringung neuer Beweißmittel. — Purification der oberhofgerichtlichen Erkenntnisse. — Nichtigkeitsklage gegen provisorische Verfügungen des Unterrichters. — Zur Sache „Lederle gegen G. Fiscus." S. 163 — 176.

Verschiedene Ansichten des Oberhofgerichts und des niederrheinischen Hofgerichts über die Auslegung der §§. 131. und 1190. der Proceßordnung. — Behandlung der Ehrenkränkungen bei dem Oberhofgerichte. — Ist ein Miterbe schuldig, sich den Anschlag von einem heimgefallenen Erblehngute als Vorempfang anrechnen zu lassen? S. 241 — 262.

Die Entscheidungsgründe sind jedesmal dem Unterrichter zugleich mit dem Urtheil mitzutheilen. — Die Vermeidung verschiedener Entscheidungen in den Senaten der Gerichtshöfe betreffend. — Insinuationen durch die Gerichtsboten, nach der neuen Proceß. Ordnung. — Anwendung des §. 16. des Ehrenkränkungsgesetzes auf frühere Fälle. — Schriftliches Verfahren, nach §. 336. und 1126. der neuen Proceßordnung. — Richterliche Competenz bei Gegenständen der Gewerbs-, insbesondere der Mühlen-Gewerbs-Polizei. S. 349 — 360.

Anticipationsgebühren. — Dauert, wenn eine Militairperson, während dem Laufe eines bei dem Militairgerichte anhängigen Processes in den Civilstand zurücktritt, die Litispendenz fort; oder geht die Sache an den Civilrichter zur weitern Verhandlung und Entscheidung zurück? S. 443 — 448.

Register zum Jahrgang 1833. Seite 507 — 530.

I.

Gegenstände des neuen Proceßrechts

und

Entscheidungen unter dessen Herrschaft.

Digitized by Google

Berechnung der Zinsen bei der Ordinations-Summe.

(Stred gegen Geiger.)

Nach klarer Vorschrift der neuen Prozeß-Ordnung §. 1174. 2. können geforderte Zinsen mit in die Berechnung der Ordinations-Summe aufgenommen werden. — Allein es verhielt sich in dem zu entscheidenden Falle mit diesen Zinsen folgendermaßen. — Die eingeklagte Forderung betrug 492 fl., es war auch auf die Verzugszinsen mitgeklagt, der Richter erster Instanz hatte aber nicht darauf erkannt, der Kläger sich nicht nur dabei beruhigt, sondern auch seine Zufriedenheit mit dem Amtsbescheide erklärt. Als nun die Sache in die dritte Instanz kam, wollte Ober-Appellant, um das Daseyn der Summe nachzuweisen, die Verzugszinsen mit einrechnen. Es ward ihm dieses jedoch nicht gestattet, in Erwähnung folgender Gründe:

1. Es sey zwar um Verzugszinsen in der Klage gebeten, allein von dem Richter erster Instanz auf keinen Zins erkannt worden, und somit erscheine die klägerische Zinsforderung als abgesprochen; zumal da Kläger bei Publication des Bescheides sich damit zufrieden erklärt habe.

2. Der Kläger habe sich an die vom Beklagten ergriffene Appellation nicht angeschlossen, sondern vielmehr in

seiner Appellations-Einrede gebeten, den amtlichen Bescheid lediglich zu bestätigen. Auch in der Oberappellations-Beschwerdeschrift habe er seine Bitte nicht auf die Zuerkennung von Zinsen gestellt. Daher denn

3. Die Sache in Betreff des Zinses als rechtskräftig entschieden sich darstelle.

4. Daraus folge, daß auch die Zinsen zum Behuf der Berechnung der Oberappellations-Summe nicht mehr vom Oberappellanten in Anschlag gebracht werden könnten, daher

5. Das ergriffene Rechtsmittel, da die Forderung nur 492 fl. betrage, unzuläßig sey.

Um dem dritten Rechtszuge Eingang zu verschaffen, ward sich von dem Anwalte noch weiter auf das Einführungs-Edict zur neuen Prozeß-Ordnung. Art. 3. berufen, und es wollte daraus argumentirt werden: daß die Vorschriften des alten Prozeßrechts oder der frühern O. G. Ordnung in Betreff der Ordinations-Summe bei dem Rechtsmittel der Revision noch Anwendung finden.

Nach diesem Art. sollte nämlich die neue Prozeß-Ordnung nur hinsichtlich des Verfahrens bei denen nach dem 1ten Mai 1832. in neuen Instanzen anhängig werdenden Prozessen eintreten, und daher glaubte der Anwalt, daß das Daseyn der Summe zur Revision, bei solchen alten Sachen für den dritten Rechtszug genüge.

Dieses Argument ward vom Oberhofgerichte gleichfalls verworfen: indem diese Behauptung sich durch Art. 1. des gedachten Einführungs-Edictes widerlege, welcher ausdrücklich sage, daß die neue Prozeß-Ordnung — d. h. im Ganzen und mit allen ihren Vorschriften — mit dem 1ten Mai 1832. in Wirksamkeit trete, und indem ferner der richtige Sinn des Art. 3. erwähnten Edicts, in Verbindung mit Art. 1. und 2. ohne Zweifel der sey, daß in

jeder weitern Instanz, in welche ältere, vor dem 1ten Mai 1832. anhängig gewordene Rechtsstreitigkeiten gelangen, alle Vorschriften der neuen Prozeß-Ordnung einzuhalten und zu beobachten wären, und sonach nur diese Prozeß-Ordnung noch anzuwenden sey, mit der alleinigen Ausnahme rücksichtlich des Vortrags von Thatsachen und Beweismitteln, wozu die Parthieen nach den früheren Prozeßnormen berechtigt waren. — Wobei zugleich — so heißt es in den Entscheidungsgründen — noch in Betracht komme, das der Ausdruck „Verfahren" im 3. Art. des Einführungs-Edictes, in keinem Falle die Auslegung zulassen würde, welche die Oberappellantische Beschwerdeschrift denselben zu geben suche, weil, wenn der Art. 3. vorschreibe, daß in der weitern Instanz, in welche ältere vor dem 1. Mai 1832. anhängig gewordene Rechtsstreitigkeiten gelangen, das in der neuen Proceßordnung vorgeschriebene Verfahren eintreten soll, damit kein proceßualisches Verfahren mehr bestehen könne, welches unserer neuen Proceßordnung nicht angemessen und mit dieser nicht vereinbarlich ist, also auch das ganz besondere Revisionsverfahren der alten Proceßordnung nicht mehr fortbestehen könne.

Fällt aber das ganze Revisionsverfahren, so muß auch die Revision aufhören ein anwendbares Rechtsmittel zu seyn, und ist dieses der Fall, so kann von den einzelnen Bestimmungen der ältern Proceßordnung in Bezug auf das Rechtsmittel der Revision und von der Anwendbarkeit dieser einzelnen Bestimmungen neben unserer neuen Proceßordnung keine Rede mehr werden, mithin auch nicht von der ältern Bestimmung in Betreff der Revisionssumme.

Anwendung des neuen Proceßrechts auf Ehescheidungsfälle.

(Sieglin gegen seine Ehefrau.)

Die Ansicht des höchsten Gerichtshofes über diesen Gegenstand ward von der Mehrheit des Collegii ganz so ausgesprochen, wie das Meersburger Hofgericht sie in den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte, 1ter Jahrg. Nr. 12. S. 76., aufgestellt hat.

Die Veranlassung zu einer Plenar-Deliberation darüber gab die beim Hofgerichte des Oberrheins entschiedene, oben angeführte Ehescheidungssache.

Es erklärten sich fünf Stimmen des Oberhofgerichts für das Verfahren nach dem ältern, vier andere Votanten aber für dasjenige nach dem neuen Proceßrechte.

Da diese Abstimmung eine auffallende Verschiedenheit in der Collegial-Ansicht ergab, und man voraussetzte, daß die Behandlung der Ehescheidungsprocesse vielleicht auch bei den übrigen Gerichtshöfen verschieden angesehen werden könne, so veranlaßte dieses die Vorlage der Abstimmung u. s. w. an Großh. Justiz-Ministerium.

Es ward die dortseitige Ansicht durch Beschluß vom 30. October 1832. dem Oberhofgerichte dahin mitgetheilt:

1) Die neue Proceßordnung müsse entweder gänzlich oder gar nicht auf Ehescheidungs-Processe anwendbar seyn; zu einer theilweisen Anordnung, die z. B. in erster Instanz das alte Verfahren belasse, und in appellatorio das neue annehme, finde man keinen zureichenden Grund.

2) Da die Ehescheidungsprocesse nach dem frühern Rechte, nicht nach den Regeln des bürgerlichen Verfahrens verhandelt worden, so würde es einer besondern gesetzlichen Bestimmung bedurft haben, wenn sie jetzt nach diesen Regeln behandelt werden sollten.

Da dieses mit der Abstimmung der Mehrheit des oberhofgerichtlichen Collegii übereinstimme, so werde die Erledigung der anhängigen Sache, da ohnehin der Gegenstand der Anfrage nur die Form betreffe, ohne Aufenthalt erfolgen können.

Die dem Oberhofgerichte übergebene sobenannte Appellationsbeschwerde ward, zufolge dieses Erlasses, dem Freiburger Hofgerichte zugesendet, um die weitern Recursverhandlungen pflegen zu lassen und die Sache zur oberhofgerichtlichen Entscheidung wieder vorzulegen.

Uebrigens hat Großh. Justizministerium die oberhofgerichtlichen Gutachten der Großh. Gesetz-Commission mitgetheilt, um die Aeußerung derselben gleichfalls einzuziehen, und dem Oberhofgericht von der erhaltenen Antwort Nachricht zu geben.

Einrechnung der Proceßkosten in die Ober-Appellations-Summe.

(Domänen-Verwaltung Heitersheim gegen die Gemeinde Griesheim.)

Es kam in dieser Sache, so wie in einigen andern, der Versuch der Advocaten, dem §. 1174. der neuen Proceßordnung eine Ausdehnung auf die Proceßkosten zu geben, um die Oberberufungssumme von 500 fl. herauszubringen, zur Sprache.

In Gemäßheit jenes Paragraphen, Nr. 2., ward diese Berechnungsart nicht zugelassen, und bei den klaren Worten des Gesetzes entstand damals nur ein Zweifel. Diesen veranlaßte das Register zur Proceßordnung, indem dort S. 345. unter der Rubrik „Einrechnung in die Appellations-Summe" auf den §. 1174. Nr. 2. zurückgewiesen ist. Wenn

man nun gleich an dieser Stelle vergeblich nach einer Bestimmung über die Einrechnung der Proceßkosten suchen würde, da dieselbe lediglich auf die Zinsen und Früchte beschränkt ist, so wußte man sich doch nicht vollkommen diese Abweichung des Registers vom Texte zu erklären, zumal da man augenblicklich den Grund nicht auffinden konnte, warum die Proceßkosten nicht in den Schaden, welchen die appellirende Parthie durch den Spruch des Unterrichters erleidet, eingerechnet werden sollten.

Doch ward dieser Zweifel nur von einer geringen Minorität erhoben, die Mehrzahl blieb bei den Worten des Textes stehen, und glaubte, daß die betreffende Stelle vielleicht aus Uebersehen in das Register eingeflossen sey.

Bem. Wenn Herr Geh. Rath v. Weiler in seinen „Motiven zum Entwurfe der Proceßordnung" §. 1179. S. 113. sagt: „Die Zinsen und Früchte bis zu der Urtheils„verkündigung kommen in Anschlag, weil diese leicht im „Betrage eben so hoch und höher, als die Hauptsumme sich „belaufen können, und überhaupt nicht einzusehen ist, warum „diese für die Parthie nicht eben so beschwerend seyn sollen, „als die Hauptsumme" — so wird man annehmen müssen, daß die Großh. Gesetzgebungs-Commission mit Bedacht die Proceßkosten von der Einrechnung in die Berufungssumme ausgeschlossen hat, und daß um so mehr der Richter bei dem Texte des Gesetzes stehen bleiben muß, ohne sich durch einen Eintrag in das Register irre machen zu lassen.

Uebrigens würde das von Herrn Geh. Rath v. Weiler bei den Zinsen und Früchten angegebene Motiv auch wohl auf die Proceßkosten passen. Sie werden zwar in den zwei untern Instanzen nicht leicht oder auch niemals an und für sich die Ordinations-Summe zur Oberberufung erreichen, allein eine beträchtliche Ergänzung zu dieser würden sie

immerhin ausmachen, so gut als Zinsen und Früchte. Der eigentliche Grund ihres Ausschlusses mag daher zweifelhaft bleiben, es wird dennoch der Richter den §. 1174. 2. der Proceßordnung um so weniger ausdehnend anwenden dürfen, als ohnehin nach der neuen Geschäfts-Ordnung im Vergleich mit der ältern, den Anwälten nur zu viel Spielraum gelassen ist, um große Kleinigkeiten bis in die dritte Instanz zu bringen, wovon der höchste Gerichtshof sich täglich mehr überzeugen muß.

In den Annalen der Großh. Badischen Gerichte Nr. 15. findet sich eine Anfrage über diesen Zweifel, nebst einer Beantwortung der Redaction. Wenn letztere ihre Meinung auf die Summe der in erster Instanz erwachsenen Kosten beschränkt, so würden darnach beim Oberhofgerichte nur die bereits in den beiden untern Instanzen decretirten Kosten in Anrechnung zu bringen seyn, welches allerdings die Absicht des §. 1174. Abs. 4. — das Register würde wohl nichts entscheiden können — gewesen zu seyn scheint. Wenigstens würde dadurch der Grund, den man im Collegio zu dem Ausschlusse der Proceßkosten von der Appellations-Summe im Abschnitt 2. des gedachten Paragraphen darin vermuthete, daß die Berechnung der Kosten schwierig, wenigstens nicht sofort liquid zu machen seyn dürfte, wegfallen.

Wenn nun über die Verurtheilung in die Kosten regelmäßig eine eigene und zwar die letzte Beschwerde aufgestellt zu werden pflegt, so ist es schwer zu begreifen, da die neue Proceß-Ordn. den §. 128. der O. G. Ordnung in so weit ausdrücklich abändert, als sie die Zinsen in die Berechnung der Beschwerdesumme aufgenommen wissen will, warum die Kosten, von denen gleichfalls der §. 128. redet, stillschweigend von dieser Berechnung ausgenommen seyn sollten; wenigstens ließe sich sagen, daß, da die O. G. Ordnung durch die neue Pr. Ordnung größtentheils außer Kraft gesetzt ist, das Verbot des §. 128. jetzt auch wegfallen müsse.

Sehr zu wünschen wäre es, daß darüber eine gesetzliche Erläuterung erfolgte, da das Oberhofgericht sich nun einmal dafür erklärt hat, sich bestimmt an den Text des Gesetzes halten und keine ausdehnende doctrinelle Interpretation desselben annehmen zu wollen.

Berechnung der Appellationsfatalien in dem Falle, wenn die Entscheidungsgründe später den Parthieen eröffnet worden sind, als die richterliche Verfügung.

(Schloßbürger Gerner und Consf. gegen Lauer und Consf.)

Dieser Gegenstand kam beim Oberhofgericht zur Frage, als das Amt seine Verfügung zwar am 29. Mai 1832. dem Beklagten zugestellt, die Entscheidungsgründe ihm aber erst am 25. Juni desselben Jahres eröffnet hatte.

Da die zweite Instanz die Legalfrist vom Zustellungstage des Amtsbescheides an gerechnet, und die Berufung als desert zurückgewiesen hatte, so ward diese Berechnung unter mehreren andern beim Oberhofgerichte als Beschwerde aufgeführt.

In Gemäßheit des §. 385. der neuen Proceßordnung, welcher verordnet:

> „Zugleich mit der Verkündigung des Urtheils müssen „den Parthieen die Entscheidungsgründe bekannt ge„macht werden."

ward die Eröffnung der Verfügung vom 21. Mai 1832., für den Zweck des Laufs der Appellations-Nothfristen, erst vom 25. Juni desselben Jahres als vollständig geschehen betrachtet, und der Lauf dieser Fristen erst von diesem Tage an berechnet. — Unter Aufhebung der hofgerichtlichen Ver-

fügungen gingen daher die Acten an die zweite Instanz zurück, um weitere Verhandlungen zu pflegen und über die Appellation zu entscheiden.

Bemerk. Es ereignete sich beim Oberhofgerichte der anscheinende Widerspruch, daß in der nämlichen öffentlichen Sitzung, in welcher hinsichtlich der obigen Sache die Trennung der Publication des Erkenntnisses von seinen Entscheidungsgründen für gesetzwidrig erklärt ward, die Entscheidungsgründe zu einem Urtheile publicirt wurden, welches den Parthieen in der vorhergehenden öffentlichen Sitzung eröffnet ward, weil es damals an Zeit fehlte, die erstern zu entwerfen. Dieses Uebersehen konnte jedoch bei einem Erkenntnisse dritter Instanz, wo keine Berechnung der Fatalien eines weitern Rechtszuges mehr in Frage kommen konnte, von keiner Erheblichkeit seyn.

Berechnung der Oberappellations-Summe bei den Sterbfällen und ähnlichen Grundlasten.

(Grundherr v. Berlichingen gegen Fahrbachs Erben u. s. w.)

Eine Gutsherrschaft hatte gegen zehn ihrer Gutsunterthanen den Sterbfall einzeln eingeklagt. Das Klagobject an sich war nur gering, so daß, als die Sache in die dritte Instanz kam, die klagende Grundherrschaft das Daseyn der Ordinationssumme nachzuweisen hatte. Es waren aber die Verhältnisse sämmtlicher Beklagten in so weit nicht durchaus gleich, als bei einigen der Werth ihres Gutes jene Summe bei weitem überstieg, bei andern dagegen dieselbe bei weitem nicht erreichte.

Das Oberhofgericht ließ die sämmtlichen Beklagten in dritter Instanz zu, und zwar

A. bei denen, deren Güter über 500 fl. geschätzt waren, weil 1) die Entscheidung auf den ganzen Umfang derjenigen Güter, welche Fastnachtshühner zahlten, von bestimmtem Einflusse sey. 2) Diesem allgemeinen Grunde träte noch der besondere hinzu, daß die auf den Gütern ruhende Last eines Sterbfalls, zu Folge des §. 1174. Nr. 3. des neuen Pr. Rechts, nach dem Verhältnisse von Grunddienstbarkeiten, und keineswegs nach denen von jährlich regelmäßig zu entrichtenden Abgaben zu beurtheilen sey, wovon Nr. 6. jenes Paragraphen spreche. Daß daher die Verordnung über den Abkauf der Zinsen und Gülten vom 5. October 1820., die ohnehin keine weitere Beziehung zu haben scheine, als für diejenigen, welche eine Ablösung vorzunehmen gesonnen seyen, zum Maasstabe zu dienen, auf das vorliegende Rechtsverhältniß keine Anwendung finde. Daß vielmehr die von den Gütern zu entrichtende Sterbfallsabgabe, in Gemäßheit des §. 1174. Nr. 3. der neuen Pr. Ordnung als eine ewige Last zu betrachten sey. 3) Die Gutsantheile, auf welchen diese Last ruhe, wären bei weitem höher, als die Ordinationssumme tarirt, und die Einwendungen gegen diese Taration seyen grundlos.

B. Bei den Beklagten, deren Güterwerth nicht auf 500 fl. geschätzt war, fiel zwar der letzte Entscheidungsgrund weg; statt dessen aber ward folgendes Moment in Betracht gezogen: Hier schlage der generelle Grund an, daß der Streitgegenstand eigentlich das ewige untheilbare Sterbfallsrecht, nicht nur von der einzelnen Beklagten Gutsantheilen, sondern von dem ganzen Umfange alle jene Güter umfasse, bei welchen sich das charakteristische Merkmal der Sterbfallspflichtigkeit, die Verbindlichkeit, ein Fastnachtshuhn vom Besitze des Hauses zu entrichten, vorfinde, indem ein Erkenntniß über die Befreiung von dem Sterbfalle rücksichtlich eines

einzelnen Guttheils, nicht nur auf das ganze Gut, sondern auch auf den ganzen Umfang derartiger Güter, von entscheidender Einwirkung sey.

Bemerkung. Früher, unter dem alten Prozeßrechte, war dieser letzte Satz, nämlich die Frage: ob die Wirkung einer solchen Entscheidung auf künftige gleiche Fälle, bei Berechnung der Ordinations-Summen in Anschlag zu bringen sey? — im Collegio sehr bestritten; es finden sich darüber widersprechende Erkenntnisse vor, je nachdem die Majorität des Senates aus Mitgliedern bestand, welche sich zu der einen oder der andern Meinung hinneigten. — Auf jeden Fall, wenn das Interesse für die mögliche Zukunft mit in Anschlag gebracht werden soll, würde es doch gewiß rathsam seyn, das Princip dahin zu beschränken, wenn die Freiheit von einer Grundlast aus einem allgemeinen Titel hergeleitet werden will, nach welchem die Befreiung einer ganzen Klasse von Pflichtigen zustehen würde, die in nämlichen Verhältnissen zu ihrem Grundherrn sind; wenn aber die angesprochene Freiheit auf einem speciellen Titel, z. B. auf Kauf oder Vertrag, beruhet; so trifft der Entscheidungsgrund nicht zu. Im letztern Falle würden künftige gleiche Verhältnisse, die zwar möglich, aber nicht im Voraus anzunehmen sind, auf die Berechnung der Ordinations-Summe keinen Einfluß haben dürfen, sondern diese sich um so mehr auf den Betrag der einzelnen streitigen Forderung beschränken müssen, als Präjudicien, nach unserer Gerichts-Verfassung, keinen künftigen Nachtheil für Dritte drohen.

Zulässigkeit einer Superrevision nach dem neuen Prozeßrechte.

(Gundersheim gegen Fräulein Marianne von Göler.)

Die specielle Frage: ob gegen ein nach dem 1ten Mai 1832. publicirtes, obgleich früher schon gefälltes zweitinstanzliches Urtheil, noch eine Superrevision statt finde? — Siehe den 7. Theil der oberhofgerichtl. Jahrbücher S. 293. folg. — veranlaßte eine weitere Discussion über die Zuläßigkeit der Superrevisionen nach der neuen Prozeß-Ordnung überhaupt.

In der rubricirten Sache hatte sich nämlich der Superrevident gegen den vom Oberhofgerichte verfügten Abschlag dieses Rechtsmittels an Großh. Justizministerium gewendet. Es gab dieses die Veranlassung zu folgendem Erlaß der gedachten hohen Behörde:

„Man sehe gutächtlicher Aeusserung darüber entgegen, „ob es nicht zweckmäßig sey, eine höchste Bestimmung in „Antrag zu bringen, wonach alle in zweiter Instanz bei dem „Großh. Oberhofgerichte zur Entscheidung kommende ältere „Sachen, da nunmehr kein dritter Rechtszug mehr statt „finde, so zu behandeln seyen, wie ältere Sachen, die im „dritten Rechtszuge daselbst anhängig sind, und worin zwei „conforme Urtheile in dritter Instanz entschieden werden „soll.

„Diejenige Parthie, welche sich in einer solchen Sache „mit einem Urtheile zweiter Instanz als letzterm begnügen „muß, scheint mit Billigkeit auf die nämlichen schützenden „Formen Anspruch machen zu können, welche jener, die „zwei conforme Urtheile für sich hat, gewährt sind, dage„gen kann sie auf der andern Seite nicht mehr ansprechen, „als was demjenigen gewährt wird, der zwei conforme Ur„theile für sich hat. Sie kann nämlich sagen, daß sie sich

„in einer günſtigern Lage befinde, als der welcher von zwei Urtheilen eines gegen ſich und eines für ſich habe, auch die Vermuthung dafür ſtreite, daß ſie das nämlich Urtheil würde für ſich gehabt haben, wenn ein ſolches wäre gefällt worden.“

„Größere Garantie, als für ein in dritter Inſtanz in bemerktem Falle zu fällendes Urtheil feſtgeſetzt iſt, kann ſie darum nicht verlangen, weil der Vermuthung doch nicht mehr Begünſtigung gewährt werden kann, als der Gewißheit.“

Dieſe Anfrage begutachtete das oberhofgerichtliche Plenum durch Majorität dahin: „es ſey im vorliegenden Falle und in andern dergleichen Fällen, wo ein älterer Senat“ (ein nach der alten Gerichtsordnung conſtituirter Senat) „reformatoriſch erkannt habe, das Rechtsmittel der Superreviſion noch beizubehalten.“ Dagegen erachtete die Minorität, daß das Geſetz, nämlich der Art. 3. des Einführungs-Edictes, ſich klar ausſpreche, demnach mit einer Interpretation keine Abhülfe geſchehen könne, und die Erlaſſung einer proviſoriſchen Abänderung des Geſetzes mit zu vielen Inconvenienzen verbunden ſeyn würde.

Dem Großh. Juſtizminiſterium ward dieſe Collegial-Anſicht mit dem geziemenden Bemerken vorgelegt: daß dem Großh. Staatsminiſterium von dortſeits zu überlaſſen ſeyn werde, die Art und Weiſe in Vorſchlag zu bringen, wie die Interpretation oder Abänderung des befragten Art. des Einführungs-Edictes zur neuen Prozeß-Ordnung zu bewirken ſeyn dürfte.

Das Großh. Staatsminiſterium erklärte jedoch: „man könne ſich nicht bewogen finden, bei Sr. Königl. Hoheit auf Erlaſſung einer tranſitoriſchen Verordnung anzutragen, halte vielmehr dafür, daß das Oberhofgericht ſelbſt, in eintretenden Falle, das Geeignete zu verfügen habe.“

Digitized by Google

Bemerk. Als später der Anwalt des Klägers beim Oberhofgerichte um eine authentische Interpretation des §. 2. des Einführungs-Edicts nachsuchte, ward ihm eröffnet, daß das von ihm angebrachte Gesuch um authentische Interpretation des Einführungs-Edicts zur neuen Prozeß-Ordnung, als zu diesseitiger Competenz nicht gehörig abgeschlagen werde, es übrigens in dem speciellen Falle bei den Oberh. Beschlusse, wornach eine Superrevision nicht Platz greife, sein Bewenden behalte.

Eben so ward die angezeigte Superrevision in einem andern Rechtsstreite, der unter der alten Prozeß-Ordnung ausgehandelt war, zurückgewiesen.

Amortisation von Schuldurkunden.

(Fürst v. Bretzenheim gegen Graf Leiningen-Billigheimische Masse.)

Theils nach altem, theils nach dem neuen Proceßverfahren.

Auf die Anzeige der Gräfl. Leiningenschen Debit-Commission, daß eine vom Hrn. Fürst v. Bretzenheim dem Hrn. Grafen Carl von Leiningen-Billigheim cedirte Schuldurkunde nicht aufgefunden werden könne, und auf die Bitte: die über diese Forderung allenfalls noch existirende Urkunde für unkräftig und erloschen erklären zu wollen — ermächtigte das Oberhofgericht die Debit-Commission:

„durch eine öffentliche Vorladung jeden der etwaigen „Inhaber der in Verstoß gerathenen Original-Schuld-Urkunde „aufzufordern, seine ihm namentlich zustehenden Rechte in „einem ihm zu bestimmenden Termin unter dem Rechtsnachtheile geltend zu machen, daß sonst jene Urkunde „für amortisirt werde erklärt werden."

Da sich auf die öffentliche Vorladung Niemand meldete, so ward gebeten, die Schuldurkunde für unkräftig und erloschen zu erklären.

Das Oberhofgericht fand jedoch Bedenken, das früher angedrohte Präjudiz zu realisiren, sondern verfügte vielmehr:

„Unter Aufhebung des in der frühern oberhof„gerichtlichen Verfügung ausgedrückten, und dem gemäß in „der öffentlichen Aufforderung angedrohten Präjudizes wird „zu erkennen gegeben, daß es an der geschehenen öffentlichen „Aufforderung derer, welche an die befragte Forderung und „die darüber ausgestellte Schuldurkunde allenfalls noch An„sprüche zu haben glauben — einstweilen zu genügen haben, „dem weitern Begehren aber, die genannte Urkunde für „unkräftig und erloschen zu erklären, nicht statt gegeben „werden könne."

Gründe zu dieser Verfügung: 1) Der §. 780. der neuen Pr. Ordnung sey auf diesen Fall nicht anwendbar, da er zur Zeit der öffentlichen Aufforderung noch keine Gesetzeskraft gehabt. 2) Das früher angedrohte Präjudiz sey jedoch nicht in der Ordnung, nach der Belehrung des Großh. Justiz-Ministeriums vom 27. Nov. 1827. (Vergl. Oberhofgerichtl. Jahrbücher Th. 5. S. 367.) 3) Die in dieser Belehrung entwickelten Grundsätze wären dem Geiste der Badischen Gesetzgebung vollkommen entsprechend. Denn der Besitz einer Schuldurkunde gewähre für sich allein noch nicht den Besitz des Forderungsrechtes, sondern dazu sey, neben der Rechtsübertragung, insbesondere nach L. R. Satz 1690., noch die feierliche Bekanntmachung an den Schuldner erforderlich. Daher könne dieser, wenn die Schuldurkunde in Verstoß gerathen sey, nie in Gefahr kommen, doppelte Zahlung leisten zu müssen, wenn vielleicht später der Besitzer der Schuldurkunde gegen ihn aufträte; einer Amortisation solcher Urkunden bedürfe es also überall nicht. — Sollten

aber mehrere Theilhaber an einer solchen Schuldverschreibung vorhanden seyn, z. B. bei Erbschaften oder bei Ganten, so sey dieses doch kein Grund, um alle diejenigen, welche Ansprüche zu haben glaubten, unter dem Präjudiz der Amortisation, vor Ablauf der Verjährungszeit, vorzuladen, in einem solchen Falle müsse der Schuldner, ehe er zahle, sich der nämlichen Vorsichtsmaasregeln bedienen, die er anzuwenden gehabt hätte, wäre die Urkunde noch vorhanden gewesen.

Eine beinahe gleiche Bewandtniß hatte es mit einer andern, von dem gedachten Herrn Fürsten an die Gräflich Leiningische Debitmasse cedirten Forderung. Nur unterschied sie sich dadurch, daß die öffentliche Vorladung unter Androhung des Präjudizes der Amortisation erst erkannt werden sollte; es trat also hier der §. 780. der neuen Pr. Ordnung in die Mitte.

Es ward beschlossen: daß das Begehren, die allenfalls noch existirende Schuldurkunde für unkräftig und erloschen erklären zu wollen, nach dem hier anwendbaren §. 780. der neuen Pr. Ordnung als unzulässig erscheine, und, in Gemäßheit des allegirten Gesetzes, jetzt nur noch eine öffentliche Verwarnung gegen den Erwerb der in Verstoß gerathen seyn sollenden Urkunde statt finde.

Gründe dieser Entscheidung: So wie nach dem §. 1. und 2. des Einführungs-Edicts zur neuen Pr. Ordnung jede vom 1. Mai 1832. an, eingereichte Klage nach dem neu-gesetzlichen processualischen Verfahren behandelt werden müsse, eben so müsse das Gleiche in Absicht eines nach diesem Zeitpuncte bei dem Richter gestellten Begehrens, welches die Einleitung eines richterlichen Verfahrens in Betreff einer in Verstoß gerathenen Urkunde zum Zwecke habe, geschehen. 2) Der erwähnte §. 780. der neuen Pr. Ordn. spreche sich aber ganz bestimmt über diesen Gegenstand aus,

dahin, daß eine öffentliche Vorladung mit dem Präjudiz, daß die Urkunde für wirkungslos erklärt werden solle, nicht statt finde, sondern nur eine öffentliche Warnung gegen den Erwerb solcher Urkunden.

Wiedereinforderung der bereits remittirten untergerichtlichen Acten, auf Ansuchen des oberappellantischen Theils.

(Marx gegen Rauch.)

Die untergerichtlichen Acten waren, weil kein Libell eingekommen war, durch die oberhofgerichtliche Kanzlei zurückgesendet. Der oberappellantische Anwalt bat um Wiedereinforderung derselben, unter dem Anführen, wie er nicht glaube, daß vor dieser Anzeige die 14tägige Frist schon umlaufen gewesen, daß aber in keinem Falle die Einführungsfrist verstrichen sey.

Die Bitte um Wiedereinforderung der Acten ward abgeschlagen, weil erstens nach §. 1203. der neuen Proceß-Ordnung der Appellant das Versäumte nur dann wieder gut machen kann, wenn er binnen der Wiederherstellungsfrist von 14 Tagen, von dem Tage an, wo ihm das Desert-erkenntniß eingehändigt worden ist, die Beschwerdeschrift bei dem Oberrichter einreicht. Ein Nichtwissen, ob der Restitutions-Termin umlaufen ist, oder nicht, kann hierin keine Nachsicht bewirken, da das Desert-Erkenntniß in der Hand des Oberappellanten sich befindet, er also durch dessen Vorlage jedenfalls nachweisen kann, daß die 14tägige Frist noch nicht umlaufen ist.

2) Weil, wenn der Termin von 14 Tagen bereits umlaufen ist, die Restitution, nach §. 1234. der Pr. Ordnung, nur unter Bescheinigung der dort angegebenen Restitutions-

gründe nachgesucht werden kann, womit zugleich die Beschwerdeschrift übergeben werden muß.

Nachträge zum Oberappellationslibell werden vom Oberhofgerichte nicht gestattet.

(Maria Victoria-Stiftung zu Offenburg gegen das Pfandgericht zu Malberg.)

Es wollte der Anwalt bei Einreichung des Libells sich um deßwillen einen Nachtrag vorbehalten, weil die Acten noch nicht eingekommen seyen, und er sich daraus erst instruiren müsse, ob neben dem bereits Vorgetragenen noch neue Thatsachen und Beweise geltend gemacht werden müßten. — Ein solches Gesuch um Einbringung eines Nachtrags zum Libell ward aber durch Beschluß vom 1. Februar d. J. als unstatthaft verworfen.

II.

Entscheidungen unter der Herrschaft des ältern Proceßverfahrens.

Digitized by Google

Compensation von Schuldforderungen. Kann eine schon früher bestandene, aber erst, nach der Bekanntmachung einer durch den Gläubiger bewirkten Cession der Hauptforderung an einen Dritten, für liquid erkannte Gegenforderung des Schuldners, mit dieser Hauptforderung wettgeschlagen werden?

(Gr. Forstfiscus gegen Geigersche Gantmasse.)

Die verneinende Beantwortung dieser Frage vertheidigte der Gr. Fiscus in Bezug auf den Satz 1295. des R. L. Rechts.

Dabei lagen folgende factische Verhältnisse zum Grunde. Oberrevisor T. klagte gegen den Ritterwirth G. eine Forderung von 4473 fl. auf mehrere Schuldscheine ein. Der Beklagte erkannte zwar die Richtigkeit der Forderung an, machte aber eine Gegenforderung von 2400 fl., worauf rechtskräftig der Beklagte zur Zahlung verurtheilt und mit seiner Gegenforderung ad separatum verwiesen ward. Unterdessen war gegen Oberrevisor T. eine Untersuchung wegen Dienst-Recesses eingeleitet und während deren Lauf soll er zur Deckung seines Recesses, seine Forderung an Ritterwirth G., dem Gr. Fiscus cedirt haben. Auch der Ritterwirth starb während der gerichtlichen Verhandlung über seine Gegenforderung, und über das Vermögen Beider ward der Concurs erkannt.

In dem in der Ritterwirth G. schen Gantsache ergangenen Ordnungsbescheid ward der Gr. Forstfiscus mit der

ihm von Oberrevisor T. cedirten Forderung in die fünfte Ordnung gesetzt, davon sollte jedoch die Forderung der Masse an Oberrevisor T. in Gemäßheit des vom Landamte unter dem 2. April 1829. ertheilten rechtskräftigen Gantur-theils als Gegenforderung in Abzug gebracht werden.

Das Hofgericht bestätigte durch Rescript diesen Ordnungsbescheid hinsichtlich der Forderung des Gr. Forstfiscus, und so kam die Sache an die dritte Instanz.

In den beiden letzten Instanzen stellte nun der Procurator des Fiscus den Satz auf: es träte eine Wettschlagung nicht ein, wenn die Forderungen beider Theile zwar an sich richtig seyen, jedoch die eine Parthie einen Anstand gegen die Schuld erhebe. — Dagegen behauptete der Gegner, das Compensationsrecht werde dadurch nicht gestört, sondern höchstens nur in so lange suspendirt, bis der gegen die Liquidität der einen Forderung erhobene Anstand beseitiget sey. Der Eintritt der Compensation wäre ex tunc, nach der Zeit der Entstehung der Forderungen zu beurtheilen, nicht aber nach dem wirklichen Anerkenntniß oder der Abläugnung einer unredlichen Parthie. So wäre L. R. Satz 1291. verglichen mit L. R. Satz 1295. zu verstehen, wogegen nach der Auslegung des Fiscal-Procurators diese Gesetzesstellen nur ein Mittel geben würden, wodurch der unredliche Schuldner seinen redlichen Gläubiger, der ihm auch schulde, täuschen und um seine Forderung bringen könne.

Die eben erwähnte Behauptung des Fisci-Vertreters fand keinen Eingang bei dem höchsten Gerichtshofe, vielmehr bestätigte derselbe die Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen aus folgenden Gründen:

1. Forderung und Gegenforderung seyen liquid, erstere durch ein früheres, letztere durch ein späteres richterliches Erkenntniß, es träte also die Wettschlagung kraft Gesetzes ein. L. R. Satz 1290. 1291.

2. Wenn demnach die G.sche Masse, wäre sie Eigenthümerin der Forderung an T. geblieben, das Recht zu compensiren gehabt haben würde, so komme es nur darauf an, ob diese Verhältnisse dadurch geändert seyen, daß T. seine Forderung an G. schon vor der Liquidation der G.schen Gegenforderung an den Gr. Fiscus cedirt habe.?

3. Die Auslegung, welche liquidantischer Fiscus dem L. R. Satz 1295. geben wolle, wäre

a. aus dem Wortlaute des Gesetzes nicht zu rechtfertigen, denn dieses spreche nur von Forderungen, die erst nach der Bekanntmachung der Cession an den Schuldner entständen, aber nicht in dem Zeitpunkte, in welchem sie durch Urtheilsspruch für richtig erklärt wurden, sondern es werde damit nur ihr Rechtsbestand richterlich anerkannt.

b. Es vertrage sich aber diese Auslegung des Satzes 1295. auch nicht mit dem Geiste der Gesetzgebung. Denn sie würde dazu führen, daß die Lage des debitor cessus, dem Cessionar gegenüber, schlimmer werden würde, als sie dieses unter dem ursprünglichen Gläubiger, dem Cedenten, gewesen wäre, indem der debitor cessus dadurch nicht selten sein Wettschlagungsrecht gegen den Cessionar verlieren würde. Diese Auslegung stünde daher mit dem Grundsatze des L. R. Satzes 1165., daß Verträge einem Dritten keinen Nachtheil bringen dürften, im Widerspruche.

Der Grund Zachariä's im 2. Theile seines Handbuches §. 328. für seine entgegen gesetzte Meinung, daß nach erfolgter Bekanntmachung der Cession an den Schuldner, der Gläubiger und Schuldner nicht mehr eine und dieselbe Person seyen, wäre nicht durchgreifend. Denn die Bekanntmachung der Cession wirke nach L. R. Satz 1691. nur so viel, daß der Schuldner von diesem Zeitpunkte an nicht mehr an den Gläubiger, sondern nur an dessen Cessionar gültigerweise Zahlung leisten könne. Dadurch werde dem Grundsatze des Satzes 1165. nicht zu nahe getreten,

weil es dem Schuldner gleichgültig seyn könne, ob er das, was er wirklich schuldet, an A. oder an B. zu zahlen habe. — Eine eigentliche Rechtswandlung im Sinne des L. R. Satzes 1271. Nr. 3. gehe aus der bloßen Bekanntmachung nicht hervor, sondern dazu sey eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners, daß er den Cessionar als neuen Gläubiger an die Stelle des alten annehme, erforderlich. Ohne eine solche Novation werde der Cessionar nicht neuer Gläubiger, sondern blos Rechtsnachfolger des alten, und er müsse alle, vor der Bekanntmachung an den Schuldner, schon vorhanden gewesene Einreden gegen sich gelten lassen.

Bemerk. Daß viele französische Rechtslehrer hinsichtlich derjenigen Forderungen, welche, obwohl von einem älteren Datum als die Notification der Cession, erst später compensabel geworden, anderer Meinung sind, bemerkt Zachariä selbst in der Note und zum §. 328.

Ueber die rechtlichen Wirkungen einer Cession, Dritteren gegenüber, sind zu vergleichen die Annalen der Rechtspflege in Rheinbaiern 1. B. 3s Heft. S. 194. und 2. B. 2s Hft. S. 128. — Beim Oberhofgerichte wurden, so viel dem Herausgeber erinnerlich ist, die nämlichen Grundsätze angenommen.

Befugniß des Richters, an der Formel eines deferirten Eides etwas zu ändern.

(Hirsch gegen von Haber.)

Die Beantwortung dieses Gegenstandes ward nicht aus dem gemeinen Rechte, sondern aus der neuen Gesetzgebung hergenommen.

Nach dem ersteren so wie nach den §§. 5. und 11. der Eidesordnung ist die Befugniß des Richters zur Abänderung des Eides nicht in Zweifel zu ziehen. Wenn es ihm aber dort zur Pflicht gemacht wird, zu erforschen, ob nicht eine oder die andere Parthie erhebliche andere Beweismittel besitze, so fällt dieses nach der Bestimmung des L. R. Satzes 1361. weg, nach welchem eine Gewissens-Vertretung durch Beweis nicht mehr zulässig ist, sondern der zugeschobene Eid ausgeschworen oder zurückgeschoben werden muß; der §. 5. der Eidesordnung hat also keine gesetzliche Kraft mehr.

Die Befugniß des Richters zur Abänderung der Eidesformel wird auf die beiden römischen Gesetze L. 35. §§. 5. und 8. D. de jurejur. und L. 12. §. 1. C. de rebus creditis gebaut. Auf diese ältere Prozeßlehre kann es aber dermalen nicht mehr ankommen, nach §. 17. des ersten Einführungs-Edictes und L. R. Satz 4. b.

Das einzige noch geltende Gesetz, welches über die richterliche Thätigkeit bei dem zugeschobenen Haupteide spricht, ist der §. 11. der Eidesordnung. Dieser erlaubt dem Richter unter andern, den zugeschobenen Eid nicht zuzulassen, wenn er über unerhebliche Thatumstände deferirt ist. Der Grund zu dieser richterlichen Befugniß besteht darin, weil durch die Eideszuschiebung der Streit, mit Umgehung einer weitläufigen Beweisführung, zu Ende gebracht werden soll; dieser Zweck aber durch eine Eideszuschiebung über unerhebliche Thatsachen nicht erreicht werden kann.

Dieser Fall ist nicht allein da vorhanden, wo der Eid über eine Thatsache zugeschoben wird, welche auf die Entscheidung keinen Einfluß hat, sondern auch da, wo derselbe über eine Thatsache deferirt wird, die nur in Verbindung mit andern Thatsachen einen solchen Einfluß haben kann, für sich allein aber ganz ohne denselben ist.

Da die ganze französische und somit auch die badische Gesetzgebung hinsichtlich des Haupteides auf einen Vergleichs-

Vertrag gebaut ist, zu dessen Abschluß die eine Parthie die andere zwingen kann, so leidet es keinen Zweifel, daß der Richter nur in so weit einwirken darf, als es hinsichtlich seiner Amtsführung nothwendig, oder ihm dazu von dem Gesetz die Befugniß ausdrücklich eingeräumt ist.

Nothwendig ist es nun für den Richter, daß er keine Eide über unerhebliche Thatsachen zulasse, keineswegs aber besteht für ihn eine Verbindlichkeit, daß er mangelhafte Eideszuschiebungen ergänze. Daß er befugt seyn sollte, in die Eidesformel, welche ein von der einen der andern Parthie gemachtes Vergleichs-Anerbieten bildet, neue Thatsachen aufzunehmen, davon sagt kein in Baden geltendes Gesetz irgend etwas.

Bemerk. Gegen diese Theorie läßt sich jedoch erinneren, daß das römische Recht, auch nach der Einführung des neuen Land-Rechts, in der Materie des Prozesses noch subsidiarische Kraft behalten hat, und daß gerade in das Prozeßrecht die controverse Frage über die Befugniß des Richters, einen deferirten Eid abzuändern, gehört. Der Richter dürfte demnach für befugt zu achten seyn, einen Haupteid, durch den — seiner Ansicht nach — der nächste Klaggrund nicht vollständig bewiesen werden könnte, in seiner Formel zu verbessern, zumal, wenn der Deferent mit dieser Verbesserung zufrieden ist. Man könnte sogar die Abänderungen des Richters an dem deferirten Eide aus dem Gesichtspunkte eines mit dem Haupteide verbundenen Notheides betrachten, da durch die Eides-Delation immerhin der Anfang eines Beweises geliefert wird. Die Majorität des Oberhofgerichtes ging auch bei seinem Erkenntnisse von dieser Ansicht aus. —

I. Competenz der badiſchen Gerichte in einem Rechtsſtreite über die Stammguts-Eigenſchaft, wenn ein Theil dieſer Stammgüter unter fremder Landeshoheit gelegen iſt.

II. Kann eine ſolche Klage ausſchließlich gegen den Chef der Familie, oder den zeitigen Beſitzer des Stammgutes angeſtellt, oder muß ſie zugleich gegen die betheiligten Agnaten gerichtet werden?

(Herr Fürſt Carl Friedrich von Löwenſtein-Freudenberg zu Trieſenſtein gegen Herrn Fürſten Georg von Löwenſtein-Freudenberg zu Wertheim.)

Aus einem weitläufigen, zwiſchen dieſen beiden Standesherrn geführten Rechtsſtreite ſind die beiden oben erwähnten Fragen, welche die Competenz des Richters betrafen, bemerkenswerth.

I.

Der Beklagte behauptete die Incompetenz der Badiſchen Gerichte, inſoweit mehrere der Streitgegenſtände im Königreich Baiern belegen wären. Klagenderſeits ward dieſem widerſprochen, a) weil der Herr Beklagte ſein Domicil im Großherzogthum habe; b) wegen der Connexität der Sache, da ein großer Theil der Streitobjecte im Badiſchen belegen ſey. — Zu a) fand man jedoch, daß eine Realklage, dem Klagbegehren gemäß, angeſtellt ſey. Dingliche Klagen aber folgen dem foro rei sitæ, welches, nach der richtigen Theorie, excluſiv iſt, obwohl der gemeine Prozeß und ſelbſt die neue Prozeßordnung, eine collective Concurrenz deſſelben mit dem foro domicilii zuläßt *).

---

*) Linde Lehrb. des teutſch. gem. Civil-Pr. §. 90. Heffter Inſtit. des röm. und teutſch. Civilproceſſes S. 143. §. 8.

Diese Concurrenz kennt jedoch unser bisheriges Proceßrecht, unter welches dieser Fall zu rechnen ist, nicht, sondern das forum rei sitæ war bisher exclusiv, soweit nicht besondere Gesetze eine Ausnahme machen. — So wie der Herr Kläger daher das forum domicilii nicht ansprechen konnte, so wenig konnte auch zu b) die connexitas causarum das Forum da begründen, wo alle und jede Gerichtsbarkeit mangelt. Dieses ist aber der Fall bei Sachen in einem fremden Staatsgebiete. «Judex extra territorium privatus est» sagt L. 11. D. de jurisd., und es schlägt hier die Rechtsparöemie an: extra territorium jus dicenti impune non paretur. Wenn sich Appellant zur Vertheidigung seines Satzes auf Martins Lehrbuch §. 50. beruft, so hat er ihn offenbar mißverstanden, und die Einrede der mangelnden Gerichtszuständigkeit, hinsichtlich der im Königreiche Baiern befindlichen Streitobjecte, ist demnach begründet; das künftige Urtheil kann sich blos auf die im badischen Staatsgebiete gelegenen Streitobjecte beziehen.

II.

Als weitere dilatorische Einrede war die exceptio plurium litis consortium vorgebracht. Es ward nämlich behauptet, daß die Klage auch gegen die übrigen bei der im Streite liegenden Frage betheiligten Aguaten gerichtet werden müsse.

Man erwog 1) daß die hier anzuwendende Obergerichtsordnung über diesen Gegenstand schweige, folglich die Entscheidung aus den Vorschriften des gemeinen Rechts genommen werden müsse. Nach diesem sind aber die Proceßlehrer in ihren Meinungen über die Wirkung der Einrede mehrerer Streitgenossen sehr getheilt. Während mehrere, von dem Grundsatze ausgehend, daß Niemand zur Klage gezwungen werden könne, die Nothwendigkeit gleichzeitiger Verhandlung unter allen Betheiligten als Folge betrachten, be-

schränken andere diese Nothwendigkeit auf untheilbare Sachen, und auf den Fall, wenn ein Theilhaber über die Sache nicht ohne die Zustimmung der übrigen disponiren kann *).

2) Daß die unterstellte Betheiligung der Agnaten, im gesetzlichen Sinne aus dem 5. Kap. des II. Buchs 3. Titel des neuen Landrechts, wo vom Familieneigenthum oder Stammgut gehandelt wird, beurtheilt werden müsse. Daß der Zusatz 577. c. c. sage: „Der jeweilige Stammherr hat am Stammgute ein ungetheiltes, auch, wenn er allein und kein Anderer mit ihm in das Erbe tritt, ein ungetheiltes Eigenthum, das aber in seinem Gebrauche beschränkt und in seinem Genuß belastet ist," womit die Erläuterung Brauer's im 1. Bande S. 488. zu vergleichen sey.

3) Daß mithin der Stammherr, wenn er allein in das Erbe tritt, völliger Eigenthümer des Stammgutes, aber in dessen Gebrauche beschränkt und im Genusse belastet ist. Daß sich daher aus unserem Landrechte folgende Rechtswahrheiten ergeben:

a) Die Agnaten, welche nicht mit in das Erbe treten, haben kein Miteigenthumsrecht an dem Stammgute, sondern nur ein dereinstiges Successionsrecht.

b) Der Stammherr ist zu allen Handlungen befugt, die Ausflüsse des Eigenthums sind, in so weit ihm die Gesetze keine Beschränkung hierin auflegen.

c) Aber auch wo ihn die Gesetze beschränken, ist er nie an die Zustimmung der Agnaten gebunden.

d) Er ist auch alsdann nicht an deren Zustimmung oder Mitwirkung gebunden, wenn es darauf ankommt, Stamm-

*) Durch den §. 97. der neuen Pr. Ordnung ist diese Controverse dahin entschieden, daß das Gesetz der Meinung der erstern Parthie beigetreten ist.

gutsberechtigungen entweder klagend zu verfolgen, oder als Beklagter zu vertheidigen, sondern er ist vielmehr allein dazu befugt.

Die Folge dieser Sätze mußte die seyn, daß die exceptio plurium litis consortium verwerflich erschien, da dem Herrn Beklagten, schon vermöge der bestehenden Primogenitur, an dem Stammgute seiner Special-Linie ein ungetheiltes, — an dem mit der Linie des Herrn Klägers gemeinschaftlichen Stammgute aber ein unzertheiltes Eigenthum zustand; folglich die Klage nur gegen ihn, der allein berufen war, das Stammgut zu vertheidigen, angestellt werden konnte.

4) Daß jedoch auch von der Theorie ausgehend: daß bei untheilbaren Sachen die Einrede mehrerer Litis-Consorten allerdings beobachtet werden müsse, dennoch die Behauptung, daß es sich hier von keiner untheilbaren Sache handle, durchaus ungegründet erscheine.

Zwar seyen Stammgüter ohne Zweifel theilbar (so weit nicht etwa Primogenitur oder Majorate dazwischen träten), die Stammguts-Eigenschaft aber wäre untheilbar; und so könne es in einem Processe, wo über die Frage gestritten werde, ob das Streitobject Stammgut sey oder nicht, auf diese Behauptung nicht weiter ankommen.

Bemerk. Nur mit einigen Worten ist die Lage des dermaligen Processes zu erläutern, vorzüglich zum bessern Verständniß der Einrede der mehreren Streitgenossen. — Die ehemals gräfliche, jetzt fürstliche Linie des Hauses Löwenstein-Wertheim, jetzt Löwenstein-Wertheim-Freudenbergische Linie hat sich vorlängst in die Special-Linien der Carl'schen und Vollrath'schen getheilt. Die Chefs dieser Linien schlossen unter Beiziehung ihrer Agnaten im Jahre 1811. einen Vertrag, worin festgesetzt ward, daß die ihnen für den Verlust der überrheinischen Grafschaft

Virneburg angewiesene Entschädigung ohne alle Ausnahme als Stammgut beider Linien bestimmt und angesehen werden solle.

Es trat nun im Jahr 1830. der Herr Fürst Carl Friedrich von Löwenstein-Freudenberg zu Triefenstein gegen den Herrn Fürsten Löwenstein-Freudenberg zu Wertheim mit einer Klage auf, worin die Ungültigkeit des Vertrags von 1811. behauptet, im Falle aber damit nicht ausgelangt werden könnte, sich auf die frühere Stammguts-Eigenschaft der Grafschaft Virneburg, welche auf die Entschädigungs-Gegenstände übergegangen sey, bezogen ward. — Dabei kam jene dilatorische Einrede der mehreren Streitgenossen zur Sprache, indem die Klage allein gegen den Herrn Fürsten Georg von Löwenstein-Freudenberg gerichtet war, und der Herr Beklagte behauptete, daß sie zugleich auch gegen die übrigen, bei dem Streite über die Stammguts-Eigenschaft betheiligten Agnaten, namentlich gegen den Bruder des Herrn Fürsten, Wilhelm, und gegen seinen Sohn, den Herrn Erbprinzen Adolph, hätte gerichtet werden müssen.

Erbanfälle des Vermögens der Vermißten und Verschollenen, nach L. R. Satz 136.

(Boseker gegen Boseker.)

Es war die Mutter der B.-schen Kinder mit Erbansprüchen an die Verlassenschaft ihrer Großältern, der Rentamtmann B.-schen Eheleute, aufgetreten, welche sie durch die Thatsache begründen wollte, daß der Vater Louis B. längst vor dem Ableben des Großvaters seine Frau und Kinder böslicher Weise verlassen habe, nach Amerika ausgewandert und es ungewiß sey, ob er zur Todeszeit seines Vaters, in welcher Zeit auch der Nachlaß seiner Mutter eröffnet worden, noch am Leben gewesen. — Der Rechts-

grund für diese Erbansprüche wollte aus dem L. R. Satz 136. „Wird eine Erbschaft erledigt, wozu Jemand berufen „ist, dessen Daseyn nicht anerkannt ist, so fällt „der Nachlaß indessen ausschließlich auf diejenigen, mit wel„chen er die Erbschaft zu theilen gehabt haben würde, oder „die dazu gelangt seyn würden, wenn er nicht wäre" — begründet werden.

Um nun dieses Gesetz verstehen zu können, war vorerst festzustellen: in welchen Fällen das Daseyn eines Menschen gesetzlich nicht für anerkannt gelte.

Der L. R. Satz 112. bezeichnet im Allgemeinen denjenigen, von dem man nicht weiß, wo er hingekommen ist, als vermißt.

Dafür ist also zu achten: 1) nicht blos derjenige, von welchem man gleich Anfangs bei seiner Entfernung von seinem Wohnort, über sein Leben oder Tod keine sichere Kunde hat, und sich daher über sein Schicksal in Ungewißheit befindet, sondern auch

2. Derjenige, welcher sich für einen bestimmten Reisezweck aus seiner Heimath entfernt hat, von dem aber nach kürzerer oder längerer Zeit die Nachrichten über sein ferneres Schicksal ausgeblieben sind.

Wenn nun Jemand auf die eine oder die andere Art für vermißt gilt, und von der Zeit an, wo man keine weitere Nachricht von seinem Schicksale hat, vier Jahre verlaufen sind, so können sich, gemäß, L. R. Satz 115., die Betheiligten an seine Gerichtsbehörde wenden, damit seine Abwesenheit an unbekannten Orten anerkannt, mithin derselbe für verschollen erklärt werde. Alsdann hat das Gericht, nach L. R. Satz 116., eine Kundschaftserhebung zu veranstalten, worauf es nach Verlauf eines weitern Jahres, wenn diese Kundschaftserhebung fruchtlos geblieben ist, die Verschollenheitserklärung wirklich ausspricht.

Diese gesetzlichen Bestimmungen, welche von der Verschollenheitserklärung handeln, bilden das zweite Kapitel im vierten Titel des ersten Buchs unseres Landrechts. Das dritte Kapitel, welches die Rubrik: „von den Wirkungen der Verschollenheit" — führt, zerfällt in zwei Abschnitte, und zwar handelt a. der erste von den Wirkungen der Verschollenheit auf Güter, welche der Abwesende am Tage seiner Entfernung besaß. b. Der zweite Abschnitt aber handelt von den Wirkungen der Verschollenheit in Beziehung auf einstmalige Rechte, die dem Abwesenden zustehen können, wohin auch jener Satz 136. in Betreff der erledigten Erbschaften, wozu Jemand berufen ist, dessen Daseyn nicht anerkannt ist, gehört.

Da die in den gedachten beiden Abschnitten abgehandelten Wirkungen der Verschollenheit, die gesetzliche Bestimmung des zweiten Kapitels, in Betreff der Verschollenheitserklärung zur Grundlage haben, und mit denselben in der engsten Verbindung stehen, so sollte man glauben, daß die Verschollenheitserklärung immer vorhergehen müsse, bevor die Wirkungen der Verschollenheit eintreten können, und daß also auch das Daseyn eines Menschen so lange als anerkannt gelte, bis die Verschollenheitserklärung vom Gerichte ausgesprochen ist.

Allein es nehmen sehr viele französische Rechtslehrer an, daß, sobald es sich um angefallene Erbschaften handelt, das Daseyn eines Menschen, wenn er auch nur vermißt wird, nicht als gesetzlich anerkannt gelte, ohne daß es in dieser Beziehung erst einer Verschollenheitserklärung bedürfe.

Zachariä franz. Civilrecht B. 1. §. 158. Not. 1. verglichen mit §. 143. Not. 2.

Nach diesem Grundsatze kann also eine, einem bloß Vermißten, aber noch nicht für verschollen Erklärten angefallene Erbschaft, ohne weiters von denjenigen in Anspruch genommen werden, mit welchen er die Erbschaft zu theilen gehabt

haben würde, oder die dazu gelangt seyn würden, wenn er nicht wäre.

Auf dem gleichen Grundsatze beruht auch eine Bekanntmachung des Großh. Justizministeriums vom 13. October 1813. mit der Aufschrift: Erinnerung wegen der Erbanfälle an Verschollene. Reg. Blatt von 1813. S. 179.

In dieser Bekanntmachung wird angenommen, daß der Verschollenheitsprozeß nur hinsichtlich des dem Abwesenden bereits angefallenen Vermögens nöthig sey, nicht aber auch in Beziehung auf jenes Vermögen, wozu ihm die Succession erst während seiner Abwesenheit eröffnet wird. Zu einer solchen Verlassenschaft sollen die nächsten Intestaterben ohne weiters zugelassen werden, sobald das Daseyn des Abwesenden nicht anerkannt ist, d. h., wie jene Bekanntmachung sich ausdrückt, sobald von dem Zeitpunkte der von ihm ausgebliebenen Nachrichten die im L. R. Satz 115. bestimmte Zeit verstrichen ist.

Noch wäre zu bemerken, daß unter den französischen Rechtslehrern wiederum die Frage sehr streitig ist, ob man an der Stelle eines Abwesenden, dessen Daseyn nicht anerkannt ist, **jure repræsentationis** erben könne?

> Zachariä franz. Civilrecht B. 1. §. 158. und die in der Note 3. für die bejahende und verneinende Meinung allegirten Schriftsteller.

Nach der Justiz-Ministerialbekanntmachung vom October 1813. wird es kaum zu bezweifeln seyn, daß die gesetzlichen Ausdrücke: „dessen Daseyn nicht anerkannt ist," auf den Vermißten gehen, und dieser darunter begriffen sey. Der Nachsatz in jener Bekanntmachung:

„Der Verschollenheitsprozeß und die Einweisung in den „fürsorglichen Besitz — kann nur bei jenem Vermögen „anschlagen, das einem Abwesenden schon zugefallen ist, ehe „sein Daseyn aufhörte, anerkannt zu seyn, d. h. ehe Nach„richt von ihm ausblieb, und darauf die Zeit abgelaufen ist,

„welche nach Satz 115. verflossen seyn muß, um Anerken-
„nung des Nicht-Daseyns bei dem Richter zu begehren" —
scheint dieses deutlich auszusprechen. Auch bestätigt sich
dieses dadurch, daß derselbe gesetzliche Ausdruck: „dessen
„Daseyn nicht anerkannt ist" — in dem L. R. Satze 135.
sowohl auf Vermißte als auf Verschollene sich bezieht,
wie dieses

Zachariä fr. Civilrecht §. 158. bestimmt annimmt.

Ebenso erläutert auch Brauer B. 1. S. 139. diesen
Ausdruck, wenn er zu L. R. Satz 135. sagt: „wer Rechte
„aus dem Anfall an eine Person ableitet, die vermißt wird,
„der soll den Beweis ihres Daseyns liefern."

Geht aber dieser Ausdruck im Satz 135. sowohl auf
Vermißte als Verschollene, so kann der nämliche gesetzliche
Ausdruck in dem unmittelbar folgenden Satz 136. nicht
wohl anders verstanden werden. — Es gilt daher die Vor-
schrift des Satzes 136., von den Abwesenden überhaupt, —
von den Vermißten so gut wie von den Verschollenen.

Die Anwendung dieser Theorie auf den oben bezeich-
neten Rechtsfall bietet nichts Erhebliches weiter dar, da aus
den Acten nachgewiesen ward, daß die als Klägerin aufge-
tretene Mutter durchaus nicht nachgewiesen habe, daß ihre
Kinder zur Zeit des Ablebens ihres Großvaters, wegen des
Vermissens oder der Verschollenheit des Louis B., nämlich
weil schon damals vier Jahre lang keine Nachrichten
von demselben eingelaufen gewesen, erbberechtigt seyen. Da-
her denn die Einrede, daß es der Mutter an der Legiti-
mation zur Sache fehle, für erheblich gehalten, sie mit ihrer
Klage, in Conformität mit den beiden Erkenntnissen der
vordern Instanzen, abgewiesen ward, und ihre Kinder mit
ihren Ansprüchen auf die Verlassenschaft des Rentamtmanns
B. zur besondern Rechtsausführung verwiesen wurden.

Wem liegt bei Negatorien-Klagen der Beweis ob, wenn der Beklagte im Besitze ist? — nach dem N. Badischen Landrechte und insbesondere nach dessen Satz 691.

(Gemeinde Sennfeld gegen die Grundherrschaften von Rüdt und von Adelsheim.)

Die Gemeinde S. hatte seit geraumer Zeit ihren Grundherrn eine jährliche Abgabe unter Benennung von Schaffgeld — ein Surrogat für ehemalige Naturalfrohnden — geleistet. — Im Jahre 1831. stellte die Gemeinde eine Negatorien-Klage gegen ihre Grundherrn an, das Hofgericht legte der beklagten Gemeinde den Beweis ihrer behaupteten Freiheit auf, und über diese Beweis-Auflage ward in der Appellations-Instanz eine eigene Beschwerde aufgestellt.

Es kam daher die bekannte Controverse: wem bei der Negatorien-Klage die Beweislast obliege, wenn der Beklagte im Besitze sey? — zur Sprache.

Der klägerische Anwalt stützte sich namentlich auf die Abhandlung des Herrn Geh. Raths von Weiler: „Ueber das Besitzverfahren und dessen Gestaltung nach dem badischen Landrechte"

in dem: Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung Badens B. 1. Heft 4. S. 687. und folg.

Der Grund, weßhalb dem Kläger der Beweis obliegt, wenn der Beklagte sich im Besitze befindet, liegt in der Rechtsvermuthung für einen rechtsgültigen Erwerbs-Titel, welchen der Besitz gewährt.

Nun aber will der Herr Verfasser jener Abhandlung zeigen, daß der L. R. Satz 691. indem er den bloßen Besitz nicht als einen Erwerbstitel unständiger Dienstbarkeiten zulasse, die rechtliche Vermuthung zerstöre, die der Besitz für das Daseyn eines Erwerbstitels gebe. —

Es sey nämlich im Satz 691. die Bestimmung getroffen, daß man verborgene, jedoch selbstständige Dienstbarkeiten, so wie unständige Dienstbarkeiten, sie seyen offen oder verborgen, nur durch Vergünstigung erwerbe; sie zu erwerben sey selbst der unfürdenkliche Besitz nicht hinreichend.

Könne aber eine Dienstbarkeit niemals durch Besitz erworben, könne der Besitz niemals Erwerbstitel werden, — so könne er auch in noch so langer Zeit keine Verjährung begründen, oder dem Besitzer Schutz gewähren. — Man werde sagen müssen, daß der Besitz verborgene und zugleich selbstständige, so wie unständige Dienstbarkeiten zwar ein Besitz ad interdicta (zur bloßen Rechtsverfolgung) aber nicht ein Besitz ad usucapionem (civilis) seyn könne.

Daraus — fährt der Herr Verfasser fort — ergäbe sich ein dem Besitzrechte angemessenes Verhältniß, ohne gegen die Erfordernisse der petitorischen Erwerbung anzustoßen, nämlich der Besitzer einer solchen Dienstbarkeit habe, wie jeder Andere, die Befugniß, seinen Besitz durch die Besitzklage zu schützen, aber in dem petitorischen Prozesse habe der Besitz keine weitere Wirkung, als daß der Besitzer auch während des Prozesses ihn erhalte, keineswegs aber, daß ihm der Besitz als Rechtsvermuthung für den Erwerb diene, und daß er darum von der Beweislast für seinen Erwerbstitel frei bleibe. Bei der Negatorienklage erscheine daher der Beklagte, ungeachtet des Besitzes, beweispflichtig.

Aus den Vordersätzen in Zachariä's Abhandlung in den Jahrbüchern der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft des Großherzogthums Baden B. 1. S. 194. — 198. §. 3. läßt sich dieselbe Conclusion ziehen, wenn er dort sagt:

„Alle Ausleger des franz. Rechts stellen einstimmig den „Grundsatz auf, daß alle die Sachen und Rechte, die nicht „durch Ersitzung erworben werden können, eben so wenig „durch das Schutzmittel des jüngsten Besitzes, vertheidigt „werden können. Der Grund dieser Behauptung liegt sehr

„nahe. Das in Frage ſtehende Rechtsmittel beruht offenbar „auf der rechtlichen Vermuthung, die der Beſitzer für ſich „hat, daß er mit Recht beſitze. Allein, indem das Geſetz in „gewiſſen Fällen (Satz 691.) vorſchreibt, daß der Beſitz „nicht zur Begründung eines Rechts mittelſt der Erſitzung „hinreichen ſolle, ſo zerſtört es zugleich für dieſe Fälle „überhaupt die rechtliche Vermuthung, die ſonſt allerdings „für den Beſitzer ſtreitet. In der That, wie könnte der „Beſitzer berechtiget ſeyn, ſich in dem jüngſten Beſitze zu „ſchützen, da ihm nicht einmal der längſte Beſitz einen „Schutz gewähren kann.“

Entgegengeſetzter Meinung iſt Brauer Erläut. B. 6. Stück 131. S. 333.

und dieſe Anſicht ward vom Collegio angenommen.

Dieſer Schriftſteller leitet aus dem Geiſte des franz. Rechts den Satz ab, daß bei der Entlaſtungs-Klage der Kläger die Beweislaſt auf ſich habe, wenn der Beklagte im Beſitze des ſtreitigen Rechts iſt.

Er zieht den Satz 691. aus welchem Andere die Beweisfreiheit des Beſitzers widerlegen wollen, nicht in Betracht. Auch ſtützt er ſich nicht auf den Grund einer dem Beklagten zur Seite ſtehenden Rechtsvermuthung für den rechtlichen Erwerb. Vielmehr beruht ſeine Lehre auf drei verſchiedenen Gründen: 1. weil die natürliche Freiheit, worauf die Klage begründet werden will, vor dem augenſcheinlichen Daſeyn des Gegentheils, welches der Beſitz beweiſet, weichen muß. 2. Weil nach Satz 1315. derjenige, welcher von einer Verbindlichkeit frei geworden zu ſeyn behauptet, den Thatumſtand, worauf die Erlöſchung ſeiner Verbindlichkeit beruhen ſoll, beweiſen muß, und weil 3. der Beklagte nach Satz 544. c. die Pflicht nicht hat, von dem Beſitze, der ihm für Rechtszuſtändigkeit oder Eigenthum dient, abzutreten, es ſey denn, daß derjenige, der die Abtretung verlangt, ein ſtärkeres Recht, einen ſtärkeren Beſitz,

oder deßfallsige Vertrags-Verbindlichkeiten des Besitzers, nachweise.

Diese Brauer'sche Lehre fand man im Einklange mit den L. R. Sätzen 544. c. 1315. und 1352. Indem ersterer dem Besitze alle Wirkungen des Eigenthumes zu Gunsten des wirklichen Besitzers gegen Jeden, der nicht einen stärkeren Besitz, oder ein stärkeres Recht zur Sache geltend machen kann, einräumt, den Besitz daher zur Rechtsvermuthung für das Eigenthum erhebt. Da ferner der Satz 1352. die gesetzliche Vermuthung als Befreiungsgrund vom Beweise erklärt, und eine solche das Recht nur so lange als erwiesen unterstellt, bis dessen Nichtexistenz oder Auflösung nachgewiesen werden kann. Wobei demjenigen, der diese Auflösung behauptet, nach L. R. Satz 1315. die Beweislast obliegt.

Die Gemeinde als Beweispflichtigen Theil angenommen, fand man auf keine Weise den Beweis ihrer Freiheit hergestellt. Denn ein stärkeres Recht konnte da nicht erwiesen werden, wo die Klage nicht auf einen rechtlichen Erwerb der Freiheit, sondern auf den Stand der natürlichen Freiheit gestützt war, die dem gegentheiligen Besitzstande weichen mußte.

Ebenfalls trat der Fall eines stärkern Besitzes auf Seiten der Klägerin nicht ein. Sie vermochte keinen Zeitraum zu bestimmen, in dem sie von der Frohndpflicht in Fällen des gegentheiligen Anspruchs freigeblieben wäre, noch weniger vermochte sie einen Freiheitstitel von der Zeit zu behaupten, in welche der älteste erwiesene Dienstbarkeits-Vorgang der Beklagten hinaufreicht. War aber kein früherer Freiheits-Besitz auf Seiten der Klägerin nachgewiesen, so konnte auch von Mängeln eines spätern Besitzes der Beklagten keine Rede seyn.

Endlich war von Vertragsverbindlichkeiten, wodurch die Beklagten, oder einer ihrer Rechtsvorfahren der Frohnde-Berechtigung entsagt hätten, nicht die Sprache.

Alle diese Gründe bewogen den höchsten Gerichtshof, das hofgerichtliche Urtheil, welches den Beweis der Klägerin nicht für geführt aussprach, durch Zurückweisung der Appellation zu bestätigen.

Gesetzliches Unterpfandsrecht der minderjährigen Kinder an dem Vermögen ihres Vaters, während derselbe den Nießbrauch desselben hat. Ob die Vorzugsgläubiger des Landrecht-Satzes 2101. folg. den ältern Pfandgläubigern in der Location vorgehen?

(Fischer'sche Kinder gegen die Gantmasse ihres Vaters.)

Bei der Entscheidung des erwähnten Rechtsstreites in der dritten Instanz, kamen folgende Rechtsfragen in Betracht:

1) Steht den minderjährigen Kindern auf die Liegenschaften ihres Vaters, während er den Nießbrauch ihres Vermögens hat, ein gesetzliches, von aller Eintragung in das Pfandbuch unabhängiges Pfandrecht zu?

2) Gehen die Vorzugsgläubiger der L. R. Sätze 2101. folg. den ältern Pfandgläubigern vor?

Die erste Frage ward einstimmig bejaht, in folgender Erwägung: An der den Kindern zugefallenen Erbschaft stand ihrem Vater, dem Gemeinschuldner, zufolge L. R. Satz 384., die Nutznießung bis zu ihrer erlangten Großjährigkeit zu, und er hatte demnach einen gegründeten Anspruch darauf, bis zu diesem Zeitpuncte im Besitz und Genusse jenes Erbtheils belassen zu werden.

Dagegen hatte er hinsichtlich dieses Erbes seiner Kinder die Obliegenheiten eines gesetzlichen Vormundes, in Gemäßheit des L. R. Satzes 389. zu erfüllen.

Wenn nun von mehrern französischen Rechtslehrern behauptet wird, daß die Verwaltung des Vaters, gemäß L. R. Satz 389. während der Ehe lediglich Ausfluß der väterlichen Gewalt, und erst nach aufgelößter Ehe, nach L. R. Satz 390. eine vormundschaftliche seyn solle, so läuft doch diese Distinction nur auf einen Wortstreit hinaus. Denn da die Vorschrift des L. R. Satzes 389. im Kapitel von der Vormundschaft der Eltern vorkommt, da ferner der Vater als Verwalter des seinen minderjährigen Kindern während der Ehe angefallenen Vermögens, gleich jedem andern Vormund, auch Rechenschaft davon ablegen soll, so gibt der Gesetzgeber damit deutlich zu erkennen, daß der Vater, er mag nun Vermögen seiner minderjährigen Kinder, welches ihnen während der Ehe, oder erst nach deren Auflösung angefallen ist, zu verwalten haben, immer die nämlichen Obliegenheiten gegen seine Kinder habe. Woraus von selbst folgt, daß jener Unterschied auf die Rechte der Kinder wegen Sicherstellung ihres Vermögens, durch das den Minderjährigen gesetzlich zustehende allgemeine Unterpfandsrecht, nicht den mindesten Einfluß äußern könne; so wie ohnehin kein vernünftiger Grund davon aufzufinden ist, was den Gesetzgeber hätte veranlassen sollen, an diesen Unterschied verschiedenartige Rechtsbestimmungen zu knüpfen, und für das den Kindern während der Ehe angefallene Vermögen weniger Sorge zu tragen, als für dasjenige, welches ihnen erst mit oder nach Auflösung der Ehe anfällt.

Diese Ansicht hat auch das Oberhofgericht schon früher angenommen. Oberhofger. Jahrbücher Th. 5. S. 160 folg. und S. 344 folg.

Dagegen ist in dem „Archiv für Rechtspflege in Baden" 1ster Band 3tes Heft S. 408 folg., der bisherigen Rechtsansicht entgegen, der Satz vertheidigt: daß dieses gesetzliche Unterpfandsrecht denjenigen minderjährigen Kindern nicht zustehe, deren Vermögen sich zugleich in der

Nutznießung ihres Vaters befinde. Allein dieser Behauptung fehlt es an aller und jeder rechtlichen Begründung, und es würde die Gesetzgebung einer Inconsequenz beschuldigen heißen, wenn man ihr die Absicht zutrauen wollte, daß diejenigen Kinder, deren Vermögen sich in der Nutznießung ihres Vaters befindet, jene Sicherheit für ihr Vermögen entbehren sollten, welche für die Minderjährigen überhaupt, und also auch den minderjährigen Kindern für dasjenige Vermögen, woran ihr Vater keine Nutznießungsrechte hat, einzuräumen für nöthig fand.

Zwischen dem Vater, welcher das Vermögen seiner minderjährigen Kinder in Nutznießung hat, und dem, der eine solche nicht besitzt, besteht, nach L. R. Satz 389. der einzige Unterschied, daß Ersterer über den Hauptstock und die Einkünfte zugleich, Letzterer aber nur über den Hauptstock allein Rechenschaft zu geben schuldig ist. — Hat nun aber die Gesetzgebung den Vater, welcher das Vermögen seiner minderjährigen Kinder in Nutznießung hat, von der Rechenschaft nicht entbunden, so kann es auch ihre Absicht nicht gewesen seyn, zu seinen Gunsten von der allgemeinen gesetzlichen Regel, nach welcher die Minderjährigen auf den Gütern ihres Vormundes ein gesetzliches Unterpfandsrecht haben, eine Ausnahme zu machen, weil es widersprechend seyn würde, annehmen zu wollen, daß, während die Gesetzgebung das weniger wirksame Sicherheitsmittel, nämlich die Rechenschaftsablage über den Hauptstock, beizubehalten für nöthig fand, sie den minderjährigen Kindern das ungleich wichtigere und wirksamere Sicherheitsmittel, nämlich das gesetzliche Unterpfandsrecht, zu entziehen beabsichtiget habe.

Aus dem L. R. Satz 601., welcher von den Pflichten des Nutznießers zur Sicherheitsleistung handelt, läßt sich diese Folgerung auch nicht ableiten. Denn wenn es der Gesetzgeber angemessen fand, die Eltern von dieser allgemeinen Pflicht des Nutznießers zur Sicherheitsbestellung zu entbin-

den, so geschähe dieses ohne Zweifel in der Erwägung, daß bei dem Vater, welcher mit hinlänglichem liegenschaftlichem Vermögen angesessen ist, es einer solchen besondern Sicherheitsbestellung nicht bedürfe, weil schon das den minderjährigen Kindern auf den Gütern ihrer Vormünder eingeräumte gesetzliche Unterpfandsrecht stellvertretend für diese Cautionsleistung ist; daß hingegen bei jenen Vätern, welche kein liegenschaftliches Vermögen besitzen, die ihnen im Gesetze auferlegte Pflicht der Sicherheitsleistung, nicht selten zu einer Härte, namentlich dazu führen würde, daß dem Vater aus Mangel an Sicherstellungsmitteln, die Benutzung und Verwaltung des Vermögens seiner Kinder entzogen und nach L. R. Satz 602. verfahren werden müßte, obschon in diesem letztern Falle für die Sicherstellung des Vermögens der Kinder nicht viel gewonnen seyn würde. — Das Gesetz, nämlich der L. R. S. 601. wollte offenbar den Vater nur von der besondern Pflicht des Nutznießers zur Cautionsleistung entbinden, keineswegs aber zugleich auch zu seinen Gunsten das den Minderjährigen auf den Gütern ihrer Vormünder eingeräumte gesetzliche Unterpfandsrecht aufheben, und auf diese Weise einen Unterschied zwischen Minderjährigen, deren Vater die Nutznießung ihres Vermögens hat, und den, bei welchen dieser Fall nicht eintritt, machen. Wenigstens ist kein zureichender Grund einzusehen, aus welchem die Gesetzgebung die Erstern zu einem geringern Gegenstand ihrer Vorsorge sollte gemacht haben, als die Letztern.

Nach unserer landrechtlichen Gesetzgebung kann nun zwar dieser Unterschied nicht selten vorkommen, weil das gesetzliche Nutznießungsrecht der Eltern bis zur Volljährigkeit der Kinder dauert; allein nach dem ursprünglichen französischen Civilrechte verhielt sich dieses anders, indem das gesetzliche Nutznießungsrecht der Eltern sich bereits mit dem zurückgelegten 18ten Jahre der Kinder endigt. Uebrigens kann auch nach unserer Gesetzgebung der Fall eintreten, daß der Vater

von der Nutznießung des Vermögens seiner Kinder ausgeschlossen ist, nämlich in dem Falle des L. R. Satzes 386., wenn zum Nachtheile des Ehemannes auf eine Ehescheidung erkannt wird.

So viel bleibt indessen gewiß, daß in den mehrsten Fällen der Vater zugleich gesetzlicher Nutznießer des Vermögens seiner minderjährigen Kinder ist, und es läßt sich zuverlässig die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin unterstellen, daß sich solche Kinder so gut wie gar keiner gesetzlichen Vorsorge für die Erhaltung des in den Händen ihres Vaters sich befindenden Vermögens erfreuen und ihnen nicht einmal dasjenige gesetzliche Unterpfandsrecht zu statten kommen sollte, welches das Gesetz, als allgemeines Sicherheitsmittel, den Minderjährigen auf den Gütern ihrer Vormünder einräumte.

Die zweite Frage erregte bei der Deliberation verschiedene Zweifel. Früher hatte der zweite oberhofgerichtliche Senat in einem ähnlichen Falle sie bejaht, und stützte diese Ansicht auf den L. R. Satz 2095., worin ein Vorzugsrecht, als ein aus der Eigenschaft der Forderung entspringendes Recht des Gläubigers bezeichnet wird, und Andern, selbst Unterpfandsgläubigern, vorgehen soll.

Als Gegengründe wurde jedoch bemerkt: in wie weit, und unter welchen Voraussetzungen dieser Vorrang der Vorzugsgläubiger vor den Unterpfandsgläubigern statt finden solle, darüber sey die im L. 3. Satz 2218. a. enthaltene Rangordnung der Gläubiger maasgebend. Darnach hätten a) einen unbedingten Vorzug vor den Unterpfandsgläubigern, theils in 1ster, theils in 2ter Ordnung, die Vorzugsgläubiger der L. R. Sätze 2101. und 2102. Dagegen b) concurrirten mit einander in 3ter Ordnung, die in das Pfandbuch eingetragenen, oder die ihnen gleich geltenden Vorzugs- und Unterpfandsgläubiger, dergestalt,

daß unter den eingetragenen Vorzugs- und Unterpfandsgläubigern der Tag des geschehenen Eintrags, bei denen Gläubigern aber, deren Forderung keines solchen Eintrags bedürfe, der Tag der Entstehung ihres Vorzugs- oder Pfandrechts über die Priorität entscheide. c) Nur in der 4ten Ordnung, in welche die uneingetragenen Vorzugs- und Pfandgläubiger zu luciren seyen, wäre wiederum den Vorzugs- vor den Unterpfandsrechten eine stärkere Wirkung in der Art zugeschrieben, daß, wo Ansprüche auf das nämliche Vermögen von mehreren Gläubigern erhoben würden, die Vorzugsgläubiger zuerst, und vor allen auch ältern Unterpfandsgläubigern zur Zahlung gelangten.

Klar dürfte daher in diesen gesetzlichen Bestimmungen des L. R. Satzes 2218. a. ausgesprochen seyn, daß, nebst den in den Sätzen 2101. und 2102. erwähnten, in die erste und zweite Ordnung zu locirenden Forderungen, auch noch die uneingetragenen Vorzugsgläubiger der vierten Ordnung, den Unterpfandsgläubigern unbedingt vorgehen; daß dieses aber bei den Vorzugsgläubigern der dritten Ordnung keineswegs der Fall sey, sondern daß sie in dieser Ordnung mit den Unterpfandsgläubigern, nach dem Alter des Pfandvertrags, und, sofern ihre Forderungen keines solchen Eintrags bedürften, nach dem Tage der Entstehung ihres Vorzugs- und Unterpfandsrechtes zu concurriren hätten.

Die Majorität nahm jedoch diese Ansicht des Referenten nicht an, in folgender Berücksichtigung: entweder sey der streitige Kaufschillingsrest in das Grundbuch eingetragen, oder der Eintrag wäre unterblieben. Im ersten Falle gelte, nach L. R. Satz 2108., der Eintrag in das Grundbuch statt Eintrags in das Pfandbuch, wodurch ein Vorzugsrecht gewährt sey, welches, seiner Natur nach und nach L. R. Satz 2095. jedem Unterpfandsrechte vorgehe. Wenn der L. R. Zusatz 2218. a. No. 3. besage: daß in die dritte Ordnung die eingetragenen Gläubiger, nach dem Tage der

Entstehung ihres Vorzugs- oder Pfandrechtes kommen sollen, so sey dieses nur so zu verstehen, daß das ältere Vorzugsrecht dem jüngern vorgehe; keineswegs aber so, daß das ältere allgemeine Pfandrecht dem jüngern speciellen Vorzugsrechte vorgehe. Dadurch würde der L. R. Zusatz 2218. a. No. 3. eine lex correctoria in Beziehung auf den L. R. Satz 2095. werden; was aber nicht angenommen werden dürfe, da beide Gesetzesstellen am nämlichen Tage, im nämlichen Augenblicke in Wirksamkeit getreten wären. — Im andern Falle der nicht geschehenen Eintragung, könne nach L. R. Zusatz 1583. a. die Gantmasse das Eigenthum an den fraglichen Liegenschaften, durch gerichtlichen Verkauf derselben gar nicht geltend machen, und diese Geltendmachung stünde vielmehr dem vorigen Eigenthümer derselben zu.

Bemerk. Zur ersten Frage. Gegen die Ansicht des Oberhofgerichts, welches keinen Unterschied zwischen dem Nießbrauch des Vaters während und nach aufgelößter Ehe machen wollte, und vielmehr für die Ausführung in der angezogenen Stelle des Archivs, scheint sich Zachariä im 2ten Theil des franz. Civilrechts §. 264. S. 81. auszusprechen, wenn er dort sagt: „zufolge der Regel, daß die Ge„setze, welche ein Unterpfandsrecht ertheilen, wörtlich aus„zulegen sind, steht dieses gesetzliche Unterpfandsrecht den „Minderjährigen nicht auf den Liegenschaften des Vaters „zu, in wiefern dieser während der Ehe das Vermö„gen seiner Kinder verwaltet." — Siehe die in der Note 6. am ang. Orte allegirten französischen Rechtslehrer.

Zur 2ten Frage. Wenn Zachariä im franz. Civilrechte 2ter Theil §. 289. S. 146. die Regel aufstellt: „daß die bevorrechteten Gläubiger in der Regel allen andern Gläubigern vorgehen, namentlich auch, was die Vorzugsrechte an Liegenschaften betrifft, den Unterpfandsgläubigern", so würde er sich gegen die Ansicht der ober-

hofgerichtlichen Majorität dahin aussprechen, daß das Vorzugsrecht des rückständigen Kaufschillings dem gesetzlichen Unterpfande der Kinder an dem Vermögen ihres Vaters vorgehen müsse; indem die Ausnahmen, welche er in der Note 2. Beispielsweise aufstellt, auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden sind.

Brauer zu Satz 2093. 4ter Theil S. 119. beschränkt jedoch diesen Satz dahin: daß derselbe nicht festsetze, daß der Vorzugsgläubiger allen und stets vorgehen müsse, selbst denen, welche mit bürgerlichem Pfandrechte versehen sind, sondern daß er ihnen nur vorgehen könne. Den wirklichen Vorgang macht Brauer bei den mehrsten von andern Nebenumständen abhängig, nämlich von dem Besitze bei der Fahrniß, und zum Theil von der Eintragung bei den Liegenschaften. Diese Theorie scheint sich mehr der vom Oberhofgerichte angenommenen Ansicht zu nähern. — Uebrigens ist allerdings ein gewisser Widerspruch zwischen dem Satze 2093. und dem Zusatz 2218. a. nicht leicht zu verkennen, wenigstens eine Dunkelheit, welche allenfalls daher rühren mag, daß nach demjenigen, was Brauer Th. 4. der Erläut. S. 267. sagt, dieser Zusatz nur darum eingeschoben ist, weil der Satz selbst auf die franz. Gerichtsordnung verweise, welche bei uns nicht zugleich mit dem bürgerlichen Gesetzbuche angenommen ward.

I. Ist der Vormund als ein ungültiger Testamentszeuge unter dem Verbote des Landrecht-Satzes 975. begriffen?

II. Gibt eine von der Parthie in vordern Instanzen nicht gerügte, aber demnächst nachgetragene, oder vom Richter aufgefundene Verwandtschaft der Testamentszeugen einen Nichtigkeitsgrund des letzten Willens ab?

(Schultzische Intestaterben gegen Schultzische Testamentserben.)

Ein öffentliches Testament, welches vor einem Notar und vier Zeugen errichtet war, ward wegen verschiedenen Nichtigkeiten angefochten. Darunter kam vor:

I.

Daß einer der Zeugen, D., Vormund der bei dem Testamente interessirten W.-schen Kinder gewesen sey. — Es ward behauptet, daß der verpflichtete Vormund um deßwillen ein unzulässiger Testamentserbe sey, weil er Elternstelle bei seinen Pupillen vertreten müsse. Er sey im vorliegenden Falle gleichsam selbst als Erbe zu betrachten, bei ihm wäre die Bereitwilligkeit, die Wahrheit zu sagen, nicht zu vermuthen u. s. w.

Dieser Nichtigkeitsgrund ward vom Oberhofgerichte für unbegründet geachtet.

Unsere Landesgesetze haben aus den vormundschaftlichen Verhältnissen eines Testamentszeugen keinen Grund seiner Unfähigkeit bei dem Testamentsacte hergenommen, und es ist

der Richter nicht berechtigt, den aus den Verwandschafts-verhältniſſen der Zeugen hergenommenen geſetzlichen Grund, der ſchon an ſich auf die Verhältniſſe des Vormunds nicht paßt, ausdehnend in Anwendung zu bringen. Auch aus der Natur der vom Vormunde übernommenen Pflichten gegen ſeine Pflegbefohlenen, geht ſeine Unfähigkeit als Teſtamentszeuge nicht hervor. Hat er gleich Kraft ſeines Amtes Pflichten, für das Beſte ſeiner Pflegbefohlenen zu ſorgen, ſo liegt doch darin noch kein Grund, um die im Geſetze von der natürlichen Zuneigung wahrer Verwandten entnommene Vermuthung auch auf den Vormund ausdehnen zu wollen.

In dem ſpeciellen Falle trat noch die Ungewißheit ein, ob D. ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung Vormund der W.-ſchen Kinder geweſen ſey? — Wäre er es ſpäter geworden, ſo würde, glaubte man, dieſes Hinderniß nicht auf das Vergangene zurückgezogen werden können.

II.

Wichtiger erſchien jedoch, als weiterer Nichtigkeitsgrund des Teſtaments, daß einer der Teſtamentszeugen, D., der Großonkel der Teſtamentserben ſey. Factiſch war dieſes Verhältniß in dritter Inſtanz nachgewieſen, dagegen in dem vorhergehenden ganzen Laufe des Rechtsſtreites, daſſelbe nicht als Nichtigkeitsgrund ſpeciell aufgeführt. — Daher wollte dem Oberhofgerichte vom oberappellatiſchen Sachwalter die Befugniß, dieſes Verwandtſchafts-Verhältniß zum Entſcheidungsgrunde zu nehmen, beſtritten werden. Das Erkenntniß dürfe nämlich nur aus denen von den Parthieen vorgetragenen Klaggründen und Einreden hergenommen, und es dürfe nicht über Etwas entſchieden werden, worüber keine Entſcheidung verlangt ſey.

Das Oberhofgericht reformirte gerade aus diesem Nichtigkeitsgrunde, indem es das Testament, wegen des verbotenen Verwandtschaftsgrades des Zeugen, für nichtig erklärte.

Dieses Erkenntniß erfolgte in Erwägung: daß die Klage schon in erster Instanz auf das Verwandtschaftsverhältniß der Zeugen überhaupt mit den Testamentserben gestützt worden war, und daraus ein allgemeiner Nichtigkeitsgrund abgeleitet werden wollte. Daß, wenn auch der Sachwalter der Intestaterben dieses specielle Verhältniß mit dem Zeugen D. übersehen haben sollte, doch daraus kein Grund hergenommen werden könne, weßhalb der Richter nicht befugt wäre, es zu würdigen, und nach solchem den streitigen Gegenstand zu prüfen und zu entscheiden. Daß vielmehr der Richter gerade durch die Aufstellung des generellen Klaggrundes, zu der speciellen Prüfung über die Verwandtschaftsverhältnisse der einzelnen Zeugen aufgefordert werde.

Bemerkungen. 1. Der Grund, daß man eine später eingetretene Vormundschaft des Testamentszeugen nicht auf die Testamentserrichtung zurückziehen dürfe, würde vollkommen zutreffen, wenn weder bei der Errichtung des Testaments, noch bei dessen Verkündigung D. Vormund der W.=schen Kinder gewesen wäre. Da er es aber ohne Zweifel in diesem letztern Zeitraume war, so ist dadurch die Bedenklichkeit nicht ganz gehoben, weil ein Grund seiner Verwerflichkeit, nämlich der des vermutheten nahen Interesse an dem Nutzen seiner Pupillen, immerhin bestehen würde. Denn die Pflichten des Testamentszeugen sind nicht mit seiner Unterschrift oder mit seiner Gegenwart bei der Testa=

mentsaufnahme beendigt, sondern oft wird er erst nach Eröffnung des letzten Willens zum Zeugnisse über die Aechtheit desselben u. s. w. aufgerufen. — Daraus würde nun wohl gerade keine Nichtigkeit des Testaments wegen mangelnder Zahl der gesetzlichen Zeugen, aber doch so viel folgen, daß ein Testamentszeuge sich nicht zum Vormund der in dem unter seiner Zuziehung vollzogenen letzten Willen begünstigten Pupillen darf bestellen lassen.

2. Sonderbarer Weise war in den vordern Instanzen das Verwandtschafts-Verhältniß eines andern Testamentszeugen als Nichtigkeitsgrund des letzten Willens angeführt, womit aber nicht auszulangen war, weil dennoch immer die gesetzlichen 4. Zeugen vorhanden gewesen seyn würden, und es nicht schaden kann, wenn mehr Zeugen zugegen sind, als das Gesetz verlangt, nach Toullier droit Français 5. B. p. 222. und Zachariä im Handbuch 4. B. §. 568. S. 224. und in der Note 2r Auflage.

Uebrigens dürfte der Satz, daß bei einer allgemeinen Klagbegründung der Richter befugt sey, specielle Momente, als schon in der Allgemeinheit begriffen, seiner Entscheidung zu unterlegen, nicht ohne gehörige Beschränkung anzuwenden seyn, zumal wenn sich diese Momente auf factische Verhältnisse gründen sollten. — Denn auf solche Art würde der Richter nicht nur in den Fall kommen, für den einen oder den andern Theil den Advocaten zu machen, sondern offenbar verlöre auch, wenn der specielle Klaggrund erst in der letzten Instanz nachgeschoben würde, der andere Theil seine Vertheidigungsgründe durch zwei Instanzen, weil er den Angriff seines Gegners nicht im Voraus kennt.

So würde dieses wohl der Fall seyn, wenn z. B. der Kläger auf Umstoßung eines Testamentes, eines Vertrags u. s. w. aus dem allgemeinen Grunde eines Fehlers in der Form klagte, diesen Fehler aber erst speciell in dritter Instanz bezeichnen wollte, und zwar so, wie er in den vordern

Instanzen noch nicht vorgekommen war. Hier würde der Unterrichter sich mit Recht auf das bekannte Axiom berufen: quod non est in actis, non est in mundo, und ein reformatorisches Erkenntniß auf solchen Grund hin, hätte seine großen Bedenklichkeiten.

III.

Gegenstände des peinlichen Rechts.

Glaubwürdigkeit des Zeugnisses der Forstbedienten in Wilderei-Verbrechen und Jagdfreveln.

(Untersuchungs-Sache gegen W—l. wegen Wilderei.)

Ein zwar läugnender, aber durch die beschwornen Zeugnisse eines Revierförsters und eines Waldschützen überwiesener Wilderer, ward vom Hofgerichte um deßwillen für klagfrei erklärt, weil diese Forstbedienten durch die ihnen zukommenden Fanggebühren als betheiligt anzusehen wären, und daher ihr Zeugniß nicht vollgültig sey.

Das Oberhofgericht, dem dieses Erkenntniß vom Großh. Justiz-Ministerium zur Prüfung zugestellt ward, war anderer Meinung. Es erachtete, daß der im Dienste handelnde und über Vorfälle in solchem aussagende Forstbediente dadurch an seiner Glaubwürdigkeit nicht verliere, daß er Fanggebühren zu hoffen habe, weil das Nachspüren und das Einfangen von Wilderern und Jagdfrevlern zu seinen Berufsgeschäften gehöre. Sein Stand als ein in Pflichten stehender Jagdaufseher, müsse vielmehr seine Glaubwürdigkeit erhöhen, und sollte sie die Erwartung einer zugesicherten Fanggebühr vermindern, so würde der Wilderei freier Spielraum gegeben werden, da der Jagdaufseher selten in dem Falle seyn dürfte, sich andern Beweis zu verschaffen. Seine Dienst-

pflicht, die Glaubwürdigkeit, welche er vermöge derselben anzusprechen habe, und schon die rechtliche Vermuthung, daß er eines unbedeutenden Gewinnstes wegen eine solche Denunciation nicht unternehmen, und sich dem Verluste seiner Dienstehre, ja sogar der Strafe des Meineides aussetzen werde, überwiege bei weitem jenen Verdachtsgrund.

Bemerk. Es steht diese Ansicht einigermaßen den Grundsätzen entgegen, welche das Oberhofgericht in neuern Zeiten hinsichtlich der Zeugnisse der Zollgardisten in Denunciationssachen angenommen hatte. Vergl. O. H. Gerichtliche Jahrbücher 4ter Jahrg. S. 326. — Damals erachtete die Mehrheit, daß man bei der Größe des den Gardisten zugestandenen Antheils an den Defraudationsstrafen, sie, besonders bei starken Defraudationsfällen, unmöglich als glaubwürdige Zeugen ansehen könne. Auch bei kleinern Defraudationen hielt man ihr Zeugniß wenigstens immer für verdächtig, und es könne nur durch Uebereinstimmung mit allen übrigen Umständen einer Beachtung werth seyn.

Der nämliche Grund scheint auch bei den Forstbedienten einzutreten, ja es dürfte ihr Zeugniß um so mehr nicht als vollgültig betrachtet werden können, als dasselbe eine peinliche Strafe, dagegen das der Zollgardisten nur eine Geldstrafe zur Folge haben kann. Inzwischen finden sich doch unter beiden wesentliche Unterschiede, nämlich a) daß die Fanggebühren der Forstbedienten fest bestimmt sind, und, neben der Confiscation des Jagdgewehrs, keinen so beträchtlichen Gegenstand ausmachen, als die Denunciations-Gebühren; so daß der Reitz zu einem falschen Zeugnisse immerhin geringer bleibt. b) daß der Thatbestand einer Defraudation sich gewöhnlich auf andere Art herstellen läßt, als durch das Zeugniß des betheiligten Zollpersonals, wogegen bei Jagdvergehen in der Regel kein anderer Beweis vorhanden ist, als durch die Jagdbedienten, welche den Wilderer auf der That betreten haben. c) Daß die Unglaubwürdigkeit der

Zollbedienten auf einem speciellen Beschlusse des Gr. Justizministeriums vom 4ten December 1818. beruht, welches jedoch vom Oberhofgerichte restrictiv dahin ausgelegt ward, daß die Glaubwürdigkeit ihrer Zeugnisse in jedem einzelnen Falle zu erwägen sey, und daß man nur im Allgemeinen sagen könne: die Glaubwürdigkeit der denunciirenden Zollgardisten sey im Grade ihrer Betheiligung geschwächt.

Vergiftung einer Haushaltung durch einen 16jährigen Burschen.

(Untersuchung gegen Reinhold H.)

Reinhold H. ward im Jahre 1831., als er sein sechszehntes Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, zu dem Kammmacher H. in W. in die Lehre gegeben, wo er sich bald durch sein Betragen die Unzufriedenheit seines Meisters zuzog. Die nächste Veranlassung zum Verbrechen gab eine Tabakspfeife, welche der Meister vermißte, und in dem Kasten des Lehrlings vorfand. Es beschwerte sich nun der erstere über das Betragen des letzteren bei dessen Vater durch einen Brief, auf welchen jener eine für den Sohn kränkende Antwort ertheilte. Beide Schreiben kamen zur Kenntniß des Reinhold H., welcher von nun an einen heftigen Haß auf seinen Meister warf und auf Rache dachte.

Um diese zu befriedigen, versuchte er, in der Apotheke Mäusegift zu erhalten, welches er im Namen eines gewissen Vogts S. verlangte. Es schreckte ihn auch von seinem Vorsatze nicht ab, daß der Apotheker-Gehülfe ihm das Gift abschlug, weil er sich Namens des Vogts zu dessen Empfang

nicht legitimiren konnte. Vielmehr fertigte er einen Brief auf den Namen des Vogts an, und es glückte ihm darauf hin, zwei Loth Arsenik zu erhalten.

Von diesem that er am nämlichen Nachmittage drei Kaffeelöffel voll in den Milchhafen, welcher zum Kaffeetrinken bereit stand. — Von dieser Milch trank der Meister zu zwei Tassen Kaffee, nachdem er sie jedoch zuvor durchgeseyht hatte, weil er einen kalkartigen Geschmack daran bemerkte. Ferner der Geselle D. gleichfalls zu 2 Tassen, der Stiefsohn Eberhard G. ebenso, und der 10jährige Stiefsohn Wilhelm zu einer Tasse.

Alle vier wurden sogleich von Uebelkeiten und Erbrechen befallen; auf angewendete ärztliche Hülfe fanden sich drei dieser Personen bald wieder hergestellt, ohne bleibenden Gesundheits-Nachtheil; nur der junge Wilhelm G. gab nach Verlauf von 58 Stunden seinen Geist auf.

So wie die Rohheit und der boshafte Charakter schon daraus hervorging, daß er keinen Anstand nahm, um sich an seinem Meister wegen einer unbedeutenden Beleidigung zu rächen, dessen ganze Haushaltung zu vergiften, so zeigte sich dieses noch mehr durch sein Benehmen während und nach der That.

Er behauptete anfangs, ungeachtet das Papier, in welches der Arsenik vom Apotheker eingewickelt und bezeichnet war, in einem Winkel des H—schen Hauses unter dem Fenster der Schlafkammer des Inquisiten aufgefunden wurde, nichts von der Vergiftungsgeschichte zu wissen, selbst von der vergifteten Milch getrunken zu haben, und dadurch zum Erbrechen gereizt worden zu seyn; es stellte sich jedoch heraus, daß er ein Brechmittel eingenommen hatte, um den Schein einer Vergiftung herbeizuführen. — Später gestand er zwar eine entfernte Theilnahme, wollte aber nunmehr die Schuld auf den verstorbenen Stiefsohn Wilhelm schieben. Dieser habe ihm den Brief, auf welchen er das Gift in der

Apotheke bekommen, zugestellt, und auch die Giftmischung selbst sey von diesem Knaben bewirkt worden. Dazu hätte ihm seine Mutter den Auftrag gegeben, ihm den Brief zugestellt, ihn geheißen, denselben in die Apotheke tragen, und das, was er dort erhalte, Nachmittags in den Kaffee zu thun. Dabei sey von ihr geäußert worden: sie wäre alsdann ihrer Marter los, ihre Kinder würden von ihrer Plage befreit, und er, der Inquisit, bekäme sein Lehrgeld wieder, und würde zu seinen Eltern zurückgeschickt.

In den folgenden Verhören und bei mehreren vorgenommenen Confrontationen beharrte er zwar auf seinen Beschuldigungen gegen die Meisterin und den Wilhelm G., räumte jedoch ein, daß erstere ihm den Brief nur dictirt, er ihn aber geschrieben habe; daß er gewußt hätte, wie dasjenige, was er von der Apotheke geholt, Gift sey, daß er dieses Gift, zu drei Kaffeelöffeln, in die Milch gethan, und daß seine Meisterin ihm dafür die Uhr ihres Mannes versprochen habe. — Endlich bekannte sich der Inquisit zwar zum alleinigen Urheber der That, blieb aber dabei, daß er sie auf Geheiß seiner Meisterin und gereizt durch die versprochene Uhr, vollführt habe.

Am Ende der Untersuchung brachte der Verbrecher noch die Beschuldigung gegen die H—sche Ehefrau vor, daß er mit ihr in Liebesverhältnissen gestanden sey, und daß er ihr mehrmal, zuletzt in einem Walde, fleischlich beigewohnt habe. Ja, er ging so weit, daß, als die Frau die Unwahrheit seiner Angabe betheuerte, er ein körperliches Kennzeichen angab, welches er während dem Beischlafe an ihr entdeckt haben wollte. Eine durch die Hebamme vorgenommene Besichtigung stellte diese Behauptung des Inquisiten als eine Lüge heraus.

Das Oberhofgericht hielt den Verbrecher hinsichtlich des Wilhelm G. eines vollendeten Giftmordes für geständig und überwiesen, bei den übrigen drei Personen nahm es eine

vermeintlich vollführte That an, und erkannte auf die Strafe des Schwerts.

Es geruhten aber Se. Königl. Hoheit, dieſes Todesurtheil zwar zur Verkündung zu beſtätigen, hinſichtlich des Vollzugs jedoch Gnade für Recht ergehen zu laſſen, und die Todesſtrafe in lebenslängliche gemeine Zuchthausſtrafe mit dem Beiſatze zu verwandeln, daß dem Verurtheilten die Begnadigung erſt 24 Stunden nach der Verkündung des Todesurtheils eröffnet werden ſolle.

IV.

Miscellen und Nachträge.

Bemerkungen über den Einfluß der neuen Proceßordnung auf den Geschäftsgang des Oberhofgerichts, am Schlusse des Jahres 1832.

(Auszug aus einem Berichte des Oberhofgerichts-Präsidenten an Großh. Just. Ministerium vom 22ten Januar 1833.)

Der Zweck der neuen Proceßordnung war kein anderer, als Vereinfachung und Beschleunigung der Geschäfte, wobei jedoch der Gründlichkeit im Vortrage und in der Entscheidung kein Abbruch geschehen sollte. Vergl. die Motive des Geh. Raths v. Weiler Vorrede S. V.

Die Erfahrung eines halben Jahrs lehrt bereits, daß, wenn der Geschäftsgang so fortgeht, wie bisher, dieser Zweck nicht erreicht werden kann, sondern daß vielmehr üble Folgen zu befürchten seyn werden.

I.

Wie der Gang der Processe durch die neue Einrichtung befördert werde, zeigt sich schon daraus, daß in einer Sitzung nach alter Art gewöhnlich mehr Sachen erledigt wurden, als jetzt in einer öffentlichen Sitzung und bei mündlichem Verfahren.

Die Gründe, weßhalb die neue Geschäftsordnung ihren Zweck, die Beschleunigung der Erkenntnisse, verfehlt, mögen darin zu suchen seyn, daß

a) die Anwälte zum Theil gar zu lange mündliche Vorträge liefern, auch Sachen einmischen, welche oft nicht zur entscheidenden Frage gehören. Daß sie aus mitgebrachten Büchersammlungen Stellen wörtlich vorlesen, die dem Colle-

gio vollkommen bekannt seyn müssen, als z. B. Sätze aus dem Landrechte, ganze Seiten aus Brauers Erläuterungen u. s. w.

Mag nun auch diese Weitschweifigkeit, nebst denen oft unnützen Wiederholungen, bei mehrerer Uebung, zum Theil in der Folge wegfallen, so bleibt es doch für den Augenblick richtig, daß auf diese Art viele Zeit verloren geht, und daß das Gericht, in dieser Hinsicht von den Advokaten abhangend, oft durch solche weitläufige Vorträge mehr ermüdet als belehrt wird. Eine Abhülfe ist schwer, da dem Präsidenten und dem Collegio durch die neue Proceß-Ordnung in der Regel nicht die Befugniß gegeben ist, die mündlichen Vorträge der Advokaten abzuschneiden.

b) Eine weitere Verzögerungsursache ist darin zu suchen, daß die Anwälte zu häufig um Vertagung nachsuchen, so daß von mehreren für eine Sitzung fixirten Sachen, oft nur eine vorkommen kann, hin und wieder sogar die Session ganz ausgesetzt werden muß *). — Daß der Respicient sich alsdann von Neuem vorbereiten muß, und daß auf diese Art sich die unerledigten Sachen unendlich anhäufen, ist begreiflich.

Da die erste Vertagung nach der neuen Proceßordnung nicht abgeschlagen werden kann **), auch bei den folgenden wichtige Entschuldigungsgründe, als z. B. Krankheit, berücksichtiget werden müssen, so liegt der Fehler eigentlich darin, daß zu viele unwichtige Momente vorgebracht werden, um eine Vertagung zu erhalten.

---

*) Dieses ist jetzt nicht so sehr mehr der Fall, als im Anfange der neuen Einrichtung.

**) So wird beim Oberhofgerichte der §. 236. der N. Pr. Ordn. ausgelegt, ob aber mit Recht? Daran wäre wohl nach dem Wortlaute des Gesetzes noch zu zweifeln, da der Ausdruck „darf" es in das Ermessen des Richters zu stellen scheint, ob er diese erste Vertagung ohne Bescheinigung eines Entschuldigungsgrundes bewilligen will, oder nicht.

Unter diesen werden gewöhnlich Mangel an Instruction oder überhäufte anderweitige Arbeit vorgeschoben.

Nun hängt es zwar von dem Gerichte ab, ob es diesen Entschuldigungen Folge geben will, und bei dem ersten der erwähnten Gründe geschieht dies in der Regel nicht. Allein, wenn das Präjudiz, beim Ausbleiben des Anwalts den Libell zu verlesen, in Anwendung gebracht wird, so erreicht derjenige Advokat, welcher den mündlichen Vortrag scheuet, doch seinen Zweck, und der Parthie, welche ihre Rechtsausführung verliert, möchte wenig damit gedient seyn.

Dagegen ist die zweite Entschuldigung der überhäuften Geschäfte oft ganz begründet, nämlich in so weit, als mancher Anwalt in der nämlichen Woche mündliche Vorträge beim Oberhofgerichte, Hofgerichte und Stadt-Amte zu halten hat.

Diesem Anstande wird auch dadurch nicht abgeholfen, daß die öffentlichen Sitzungen bei den beiden Obergerichten nicht auf den nämlichen Tag angesetzt sind, indem die Anwälte die gehörige Zeit haben müssen, um sich auf ihre Vorträge vorzubereiten. — Dieser Uebelstand muß mit der für die Zukunft unvermeidlichen Vermehrung der öffentlichen Sitzungen um so mehr zunehmen, als vorauszusehen ist, daß einzelne Anwälte, die sich einen Ruf im öffentlichen Vortrage erwerben, mit Geschäften werden überhäuft werden.

Die einzige, wiewohl etwas schwierige Aushülfe, würde man vielleicht in der Trennung der Advokaten des Oberhofgerichts, von denen des Hofgerichts finden können. — Das Präsidium bezog sich auf einen vom Collegio an Großh. Justizministerium über diesen Gegenstand erstatteten Bericht *).

---

*) Die höchste Entschließung ist unter dem 1. April d. J. dahin aus G. Staatsministerium ergangen, daß es einstweilen und bis zum Erscheinen einer neuen allgemeinen Gerichtsverfassung, bei der dermalen bestehenden Einrichtung sein Verbleiben haben solle.

c) Endlich ist ein dritter Grund der Verzögerung der Geschäfte, ohne Zweifel der wichtigste, und er wird immer mehr zunehmen. Er beruht in der Zulassung des schriftlichen Verfahrens statt des mündlichen. Letzteres sollte nach dem Geiste und der Absicht der neuen Proceß-Ordnung die Regel, ersteres nur eine Ausnahme seyn; dagegen wird umgekehrt das schriftliche Verfahren nächstens zur Regel werden, und das mündliche nur in unbedeutenden Gegenständen, über Zulassung der Oberberufung u. s. w.— noch eintreten.

Bei einer Centralstelle, wie das Oberhofgericht, möchte dieser Anstand natürlich deßhalb eintreten müssen, weil in Sachen, die von den Hofgerichten Rastadt, Freiburg und Meersburg an die höchste Stelle gelangen, die auswärtigen Anwälte ihren Verdienst nicht gerne aufgeben, und doch die Entfernung meistentheils zu groß ist, um daß sie selbst oder ihre Parthieen vor dem Gerichtshofe erscheinen könnten.

Der §. 336. der neuen Prozeß-Ordnung gibt darunter den Anwälten zu vielen Spielraum und beschränkt die richterliche Befugniß zu sehr. Denn, ungeachtet das Oberhofgericht streng darauf hält, daß immer Special-Vollmacht und die Einwilligung des Gegentheils beigebracht werden müssen, so sind diese doch leicht zu erhalten, wenn der Anwalt sich darüber mit seinem Gegner versteht, und sich im vorkommenden Falle allenfalls zum reciprocum erbietet.

Der Nachtheil, welcher daraus hinsichtlich der Vermehrung der Geschäfte entsteht, ist unvermeidlich. Die Arbeit des Respicienten wird dadurch nicht nur vermehrt, sondern die Verlesung seines Vortrags in öffentlicher Sitzung nimmt auch bedeutende Zeit weg; es wird dies in der Folge sehr weit führen.

Die schriftliche Verhandlung wird nicht nur oft in ganz einfachen Sachen nachgesucht, sondern die Vorlesung des Vortrags hat auch wenig Nutzen, wenn der abwesende

Schriftverfaſſer ihn nicht anhört, da die hieſigen Anwälte die Controlle über etwaige Auslaſſungen oder Unrichtigkeiten nicht wohl zu führen im Stande ſind, weil ſie nicht im Voraus dazu inſtruirt werden können.

So wünſchenswerth daher die Beſchränkung des ſchriftlichen Verfahrens für die mehrſten Fälle ſeyn dürfte, ſo hat doch dazu das Gericht, ſobald die Erforderniſſe des §. 336. der neuen Proceß-Ordnung erfüllt ſind, keine Gewalt; es wäre daher ſehr zweckmäßig, wenn der gedachte Paragraph jetzt oder in der Folge dahin modificirt werden könnte, daß der Richter, ungeachtet des Einverſtändniſſes der ſtreitenden Theile, es in der Hand behielte, das Geſuch um ſchriftliches Verfahren zu bewilligen oder abzuſchlagen; — wenigſtens bei der Centralſtelle des Oberhofgerichts *).

II.

Daß ferner der Geſchäftsgang an Gründlichkeit und an der klaren Einſicht der Stimmführer, durch die neue Einrichtung verloren habe, wagt das Präſidium um ſo mehr unbedingt zu behaupten, als dieſes auch die Anſicht des oberhofgerichtlichen Collegiums iſt.

Bedauerlich bleibt es immer, daß die langjährige zweckmäßige Einrichtung beim Oberhofgerichte, nach welcher die Arbeit des Referenten, die Controlle des Inſtructiv-Votanten und die einzelnen Vota, alſo Gründe und Gegengründe, zur Einſicht vorlagen, ſo daß es mehrmals geſchah, daß der verlierende Theil ſich ſelbſt von ſeinem Unrechte überzeugte,

---

*) Nach mehrerer Erfahrung würde der Berichtserſtatter dieſen Satz nicht durchaus vertheidigen können. Wahr iſt es zwar, daß bei dem ſchriftlichen Verfahren die Arbeit des Reſpicienten weitläufiger werden muß. Dagegen aber zeigt es ſich, daß dadurch, daß die mündliche Plaidoirie wegfällt, viel Zeit gewonnen wird, ſo daß die Deliberation und die Entſcheidung der ſchriftlichen Sache nicht ſo viel Zeit wegnimmt, als die beim mündlichen Verfahren.

oder doch Berichtigung seiner Ansicht fand, — in Abgang kommen soll. Mußte auch vielleicht die Parthie einige Monate länger auf die Entscheidung warten, als jetzt, (welches übrigens, wenn der Geschäftsgang so fortgeht, wie bisher, noch sehr die Frage ist), so konnte sie sich doch von der gründlichen Prüfung ihrer Sache überzeugt halten, und sich selbst davon überzeugen.

Wie aber verhält es sich nach der jetzigen Einrichtung? — Das Mehrste, zumal die factische Erörterung, hängt lediglich von dem Respicienten ab. Oft, wenn es den Anwälten nicht gegeben ist, ein klares Factum aufzustellen, oder, wenn sie sich, mit Uebergehung desselben, auf die Rechtsausführung beschränken sollten, wird das Gericht erst in der geheimen Berathung durch den Respicienten von dem Thatbestande unterrichtet, und muß diesem blindes Vertrauen schenken, da es an aller Controlle gebricht. Ja, es ereignet sich wohl, daß die plaidirenden Anwälte sich statt Ausführung auf die Acten berufen; wer kennt aber diese außer dem Respicienten? — Früher hatte doch wenigstens der Instructiv-Votant sich mit ihnen bekannt gemacht.

Das Urtheil wird zwar durch Entscheidungsgründe motivirt, die leider, wegen Kürze der Zeit zur Deliberation, hin und wieder mangelhaft bleiben mögen, aber auch auf jeden Fall nur die Gründe der Mehrheit enthalten. Diese Unvollständigkeit wird beim Oberhofgerichte dann sehr fühlbar, wenn es als Oberappellations-Richter entscheiden soll. Denn es ist dem Oberrichter durchaus nothwendig, zu wissen, nicht blos, was die Mehrheit der vordern Instanz, die oft nur auf einer Stimme beruhen kann, für Gründe hatte, sondern auch die Gegengründe der Minderzahl zu kennen, um sie gegen einander abzuwägen. Dazu ist es aber jetzt, wo alle Beurkundung bei den hofgerichtlichen Acten fehlt, außer Stande.

Vorzüglich schätzbar waren aber auch die vormaligen

Instructivvoten beim Oberhofgericht. Denn wenn es sich zuweilen zutragen konnte, daß beim Verlesen des Vortrags der eine oder der andere Stimmführer einen wesentlichen Umstand überhört oder nicht beachtet hatte, so machte ihn doch das Instructiv-Votum von Neuem darauf aufmerksam, so daß das Wesentliche kaum unberücksichtigt bleiben konnte.

Bei dem obersten Gerichtshofe, der in letzter Instanz über Sachen, deren viele von der größten Wichtigkeit sind, entscheidet, ist eine vollständige und gründliche Deliberation vorzüglich zu wünschen; sie ist es um so mehr, als gerade das Oberhofgericht den begründeten Ruf genießt, bei seinen Entscheidungen umsichtig und möglichst gründlich zu Werke zu gehen.

Es folgte nun in einer Anlage ein Vorschlag, wie auch bei der neuen Proceßordnung einigermaßen die Instructiv-Vota beibehalten, resp. wieder eingeführt werden könnten.

General-Verfügung an die Oberhofgerichts-Advokaten vom 30ten Januar 1833, das schriftliche Verfahren auf wechselseitige Einwilligung der Parthieen betr.

Bekanntlich schreibt der §. 336. der neuen Proceßordnung zwei Fälle vor, wo das schriftliche Verfahren eintreten soll. Nur von demjenigen ist hier die Rede, wo dasselbe von beiden Parthieen verlangt wird, und wo der Richter es nicht abschlagen darf.

Da das Gesetz dabei das Verlangen beider Parthieen voraussetzt, und es daher nicht von der Einwilligung der Anwälte abhängen kann, ob sie schriftliches Verfahren veranlassen wollen oder nicht, so hat das Gericht stets eine Special-Vollmacht der Parthieen verlangt. Wenn

diese aber auch von dem Oberappellanten eingebracht ward, so überließ es doch gewöhnlich der nachsuchende Anwalt dem Gerichte, den Gegentheil zu seiner Erklärung aufzufordern.

Eine Zeitlang ward der Geschäftsgang in beiden Senaten darunter nicht gleich gehalten. Bald gab man der Gegenparthie auf, sich zu erklären, bald communicirte man den Libell, und erwartete die Erklärung zugleich mit dem Einwendungs-Satze. Als aber diese Art von Gesuchen täglich mehr zunahm, so erwog das Oberhofgericht, daß dieser Gegenstand eigentlich eine Privat-Uebereinkunft beider Theile betreffe, und daß es nicht nöthig habe, sich von Amtswegen in die Sache zu mischen. Daher denn die nachstehende General-Verfügung an die Advokaten:

„Die Advokaten haben jedesmal, wenn sie nach §. 336. „der neuen Proceß-Ordnung um schriftliches Verfahren „durch Einwilligung beider Theile nachsuchen, die Geneh„migung der Gegenparthie mitanzuschließen.“

„Das Oberhofgericht wird sonst keine Rücksicht darauf „nehmen, da es nicht gesonnen ist, die Erklärung des an„dern Theils auf solchen Vorschlag von Amtswegen einzu„holen, sondern es wird diese Einholung, da hier blos „Privat-Einverständniß der Parthieen unter sich in Frage „ist, lediglich ihren Anwälten überlassen.“

Vollmachten für die Oberhofgerichts-Procuratoren.

Häufig würden Vollmachten dem Gerichte vorgelegt, in welchen der Schriftverfasser von der Parthie legitimirt war, und dieser selbst einen Procurator beim Oberhofgerichte ernannt hatte. Diese Form fand das Oberhofgericht dem

neuen Verfahren nicht angemessen, und es erging daher in mehreren Sachen der Beschluß:

„Wäre dem Procurator N. N. die Vollmacht zurückzugeben, „um dieselbe unmittelbar auf sich ausstellen, und für „den Fall seiner Verhinderung entweder einen Stellvertreter, in „Gemäßheit des §. 305. der Proceßordnung darin namhaft „zu machen, oder sich selbst die Befugniß, einen solchen zu „zu ernennen, ertheilen zu lassen, sodann die solchergestalt „verbesserte Vollmacht wieder dahier einzureichen.“

S. unter andern „Prinzessin von Nassau gegen die Ehefrau des Hofmusikus Gervais, Forderung betr.

Die Anticipationsgebühren der älteren Obergerichts-Ordnung fallen unter dem neuen Proceßrechte weg.

Mehrere Beschwerden eines Advokaten, dem das Hofgericht die angesetzten Anticipations-Gebühren nicht wollte passiren lassen, veranlaßte folgenden Beschluß des Oberhofgerichts:

„wird die Beschwerde wegen des vom Hofgerichte ver„fügten Strichs der Anticipationsgebühr als unbegründet in „folgendem Betracht verworfen:

„Die Anticipationsgebühr ist nach der alten Proceß„ordnung nur im schriftlichen Verfahren bei Haupthandlun„gen, welche eine vollständige Rechtsausführung, so weit „sie der Zweck der Schrift fordert, mit dem thatsächlichen „Vortrage verbunden, erlaubt. Sie kann also nicht bei „Schriften statt finden, welche nur den thatsächlichen Theil, „und die Rechtsausführung gar nicht enthalten, wo letztere „vielmehr erst nach Ablauf der Legalfrist, in mündlicher Ver„handlung erfolgt.“

In einer weitern Remonstration setzte der Anwalt seine Gründe, aus welchen er auf die Anticipationsgebühren Anspruch machen zu können glaubte, dahin näher auseinander.

Die Obergerichtsordnung hätte für die Rechtfertigung der Ober-Appellation eine Präjudicialfrist von 6 Wochen eingeführt, nach deren Ablauf die Sache reproducirt, präcludirt, und nur aus Gründen restituirt worden sey. Obgleich es daher im Interesse des Anwalts gelegen sey, wenigstens diesen Termin einzuhalten, so habe doch das Gesetz ihn durch die Anticipationsgebühren angespornt, denselben auch nicht einmal abzuwarten.

Da die neue Proceßordnung für die Rechtfertigung der Appellation eine Frist von 6 Wochen eingeführt, auch festgesetzt habe, daß nach deren Ablauf nicht präcludirt werde, sondern die Sache ruhe, bis der Gegentheil anrufe, daß auf des Gegentheils Anrufen der Ausschluß erkannt, und nach dessen Insinuation binnen 14 Tagen ohne alle Gründe restituirt werde, so habe der Anwalt, der die Sache nicht fördern wolle, 81 Tage Zeit, um die Appellations-Rechtfertigung aufzuhalten. — Dieser Satz wollte durch eine Berechnung näher dargethan werden.

Jetzt wären also die Anticipationsgebühren gerade anwendbar, da es im Zwecke des Gesetzes liegen müsse, den Proceß durch besondere Mittel zu befördern, welcher ehemals durch das Gesetz befördert worden sey. Es ändere daran nichts, daß die mündliche Rechtsausführung an die Stelle der schriftlichen getreten sey, weil nicht für die Ausführung, sondern für die Beförderung der Sache, die Anticipations-Gebühr gegeben werde, und die mündliche Ausführung gerade in jener Periode, und ohne Zuthun des Anwaltes geschehen müsse, in welcher sonst die schriftliche Relation, auch ohne Zuthun des Anwaltes, verlesen sey.

Die neue Taxordnung hebe die Anticipationsgebühr nicht

auf, und daher könne der Richter auch nicht über das Gesetz hinausgehen.

Es hielt jedoch das Oberhofgericht diese Gründe nicht für ausreichend, sondern ließ es lediglich bei dem Beschlusse vom 20ten Februar d. J. (siehe oben) bewenden.

Die vom Respicienten dem Collegio vorgelegten Entscheidungsgründe waren:

1) Nach dem durch die Obergerichtsordnung vorgeschriebenen Proceßgang wurde durch die Anticipation der Hauptschriften in der Appellations-Instanz, das Gericht vom Anwalte, mit Vermeidung der oft vielfältigen und willkührlichen Fristgesuche, sofort in den Stand gesetzt, ein Erkenntniß in der Sache selbst zu geben, wodurch ihre Erledigung, zum Vortheile der Parthieen gefördert wurde; dahingegen wird nach der neuen Proceß-Ordnung die Sache durch die Anticipation einer Hauptschrift nicht gefördert, sondern dieselbe erst durch die nachfolgende mündliche Rechtsausführung spruchreif gemacht. Die Beförderung dieser Rechtsausführung wird auch nicht durch die anticipirte Eingabe der Beschwerdeschrift, sondern durch die vom Gerichte abhangende Anberaumung einer Tagfahrt bewirkt.

2) Der Anwalt kann, wenn er durch Einhalten der gesetzlichen Nothfrist Nachtheile abwendet, welche er seiner Parthie durch längeres Aufhalten oder Verschleif der Sache zufügen könnte, keine Belohnung fordern, indem er dadurch nur dem Gesetze genügt. Endlich soll

3) Die ältere Taxordnung nur in so weit in Kraft bleiben, als der Fall ihrer Anwendung durch die neue Proceßordnung gegeben ist; dieser Fall ist aber nicht da gegeben, wo durch die Anticipation keine reelle Förderung der Sache bewirkt wird.

Restitution gegen oberhofgerichtliche Erkenntnisse.

In Bezug auf den §. 1253. der neuen Proceßordnung suchte ein Anwalt eine Restitution gegen ein oberhofgerichtliches Erkenntniß nach, sich stützend auf einen angeblichen Irrthum im Rechte, insbesondere in den Entscheidungsgründen. — Es erging auf dieses Gesuch folgender Beschluß:

„In Anbetracht, daß der §. 1175. der neuen Proceß„ordnung von der Appellation handelt, und die dort vor„kommenden Bestimmungen auf einen Fall keine Anwendung „finden können, wo der oberste Gerichtshof als letzte In„stanz entschieden hat; — in fernerer Erwägung, daß der „§. 1253. der Proceßordnung, indem er bei Mängeln we„sentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Ur„theils oder Verfahrens, das Rechtsmittel der Wiederher„stellung zuläßt, nur thatsächliche Verhältnisse vor Augen „haben kann, indem sonst gegen alle letzte Instanz-Erkennt„nisse, aus angeblichem Irrthum dieses Rechtsmittel Platz „greifen könnte, der Gesetzgebung aber eine solche, dem „Zwecke einer guten Rechtspflege widersprechende Anord„nung nicht unterlegt werden darf; — in weiterer Erwä„gung, daß die angebrachte Restitutionsklage blos vermeint„lichen Irrthum im Recht resp. in den Entscheidungsgrün„den zur Grundlage hat — wird solche, unter Rückgabe „des Schriftsatzes, als unstatthaft verworfen.“

(Lang gegen Lang.)

Zulässigkeit von vorgeschlagenen Zeugen über dieselben Artikel, über welche in den frühern Instanzen bereits Zeugen abgehört waren.

Diese controverse Frage war vom Oberhofgerichte in frühern Zeiten hin und wieder bejahend beantwortet wor-

den, unter der Herrschaft des neuen Proceßrechtes kam sie abermals zur Sprache, und ward auch da, jedoch nur durch die Majorität, eben so entschieden.

In zweiter Instanz war nehmlich Zeugenbeweis angetreten, in der dritten Instanz aber derselbe mit Additional-Artikeln wieder angebracht, auch dieser Beweis **in perpetuam rei memoriam** erhoben, und das Zeugenverhör verschlossen eingesendet. — Der Gegner wollte jedoch das weitere Zeugenverhör nicht gelten lassen, sondern bat, dasselbe nach §. 532. der neuen Prozeß-Ordnung in Anwesenheit der Parthieen vernichten zu lassen.

Bei Erörterung der oben bemerkten Frage wurden als Gründe für die verneinende Beantwortung derselben angeführt. — 1) In der zweiten Instanz sey die Sache nach der ältern Gerichtsordnung verhandelt und entschieden, bei Beurtheilung der Frage müsse man also auf die alte Proceßordnung zurückgehen, und da die Obergerichtsordnung nichts darüber bestimme, so wäre die Entscheidung aus dem gemeinen Proceßrechte herzunehmen. 2) Nach diesem sey zwar die Frage controvers, indessen entschiede sie ein besonderes Gesetz — die **Clem. 2. de test.** — deutlich, und die entgegengesetzte Meinung mehrerer alten Rechtslehrer, welche sich ungeeigneter Weise auf den §. 74. des Reichsabschiedes von 1654. beriefen, sey ohne Grund. 3) Die bisherige Praxis oder Observanz des höchsten Gerichtshofes, wenn sie auch als Entscheidungsquelle angenommen werden sollte, könnte doch nur bei Auslegung eines zweifelhaften Gesetzes in Anwendung kommen, niemals aber gegen ein deutliches Gesetz. Sie könnte niemals Platz greifen, wo nur die Frage davon wäre: ob einem vorhandenen Gesetze ein neueres entgegenstehe? Die bestehende Controverse betreffe aber gerade einen solchen Fall. 4) Es wäre auch nicht richtig, daß diese Controverse nach der neuen Proceßordnung, welche den Zeugen-Beweis über Artikel zulasse, worüber früher

bereits Zeugen abgehört worden, entschieden werden müsse. Denn es könne zwar diese Proceßordnung mitunter den Zweck haben, frühere Controversen des Prozeßrechtes für künftige Fälle zu beseitigen, allein es sey kein Grund vorhanden, um anzunehmen, daß ihre Entscheidungen auch da gelten sollten, wo es sich nicht um die Auslegung, sondern um die Anwendbarkeit eines an sich deutlichen Gesetzes, in einer Instanz handle, in welcher nach älterm Rechte verfahren worden. Handle es sich aber hier nur um die Auslegung eines Gesetzes, so würde auch dann die neue Proceßordnung nur eine doctrinelle Autorität, und gar keine haben, wo sie keine Gründe angäbe. Die Parthieen, wenn sie nach dem alten Proceßrecht verhandelten, könnten verlangen, daß die streitigen proceßrechtlichen Fragen, ohne Rücksicht auf Autoritäten und ohne Rücksicht auf die Autorität der neuen Prozeßordnung, lediglich nach den bestehenden Gesetzen entschieden würden. Nun sey aber ein bestimmtes Gesetz (die Clem. 2. de test.) angerufen, und weder eine Gerichts-Observanz, noch ein späteres, auf die frühern Verhandlungen nicht anwendbares Gesetz, könne hier als Entscheidungsnorm gelten.

Daß die Majorität dieser Ansicht nicht beitrat, ist schon oben bemerkt. Dieses ergibt sich näher aus dem Urtheile und seinen Entscheidungsgründen.

Das oberhofgerichtliche Urtheil vom 16ten April d. J. sprach aus:

„daß der bereits in der vorigen Instanz angetretene, „und in gegenwärtiger Instanz mit Additional-Artikeln „wieder angebrachte, auch in perpetuam rei memoriam „erhobene Zeugenbeweis für zulässig zu erklären sey, und „beide Theile sich über die Eröffnung des noch verschlossenen Zeugenbeweises in mündlicher Verhandlung, nach §. „533. der Proceßordnung zu erklären haben u. s. w.“

Entscheidungsgründe. Da der §. 143. der O. G.

Ordnung die Rechtswohlthat, in der Appellations-Instanz neue Beweise vorzubringen, allgemein und unbeschränkt ertheilt, was sich aus dem nachfolgenden Paragraphen derselben bestätigt — übrigens nach einem Justiz-Ministerial-Rescript vom 3ten Juni 1812 sogar ein in erster Instanz auferlegter und völlig versäumter Beweis, in zweiter Instanz nachgebracht werden darf, auch die dieser Befugniß von den neueren Rechtslehrern entgegen gehaltene Gesetzesstelle (**Clem. 2. de test. et attestat.**) in die Badische Particular-Gesetzgebung nicht aufgenommen ist, — vielmehr nach Art. **XVII.** des ersten Einführungs-Edictes zum neuen Landrecht, das canonische Gesetzbuch weder zur Richtschnur, noch zur Grundlage von gerichtlichen Verhandlungen weiter dienen darf; —

so ist wie geschehen erkannt.

(Ungerer gegen Dörzbach.)

Einige Worte über das oberhofgerichtliche Urtheil vom 23ten Febr. d. J. in Sachen des Großh. Staats-Anwalts beim Oberrheinischen Hofgerichte, gegen den Hofrath und Professor Welker in Freiburg,

(wegen Ehrenkränkung der Gr. Badischen Regierung in Nr. 100. des Freisinnigen.)

Mehrere Zweifel über den Sinn dieses an sich nicht dunkeln Erkenntnisses, in Zusammenhaltung mit seinen Entscheidungsgründen, sind in öffentlichen Blättern aufgeworfen; zum Theil wohl darum, weil man es nicht verstehen, oder doch den Jedem vortheilhaftesten Schluß daraus ziehen wollte.

So wenig der höchste Gerichtshof gesonnen seyn kann, seine Sprüche vor der Publicität zu erklären oder zu vertheidigen, so lange er nicht etwa auf gesetzlichem Wege um eine Erläuterung derselben angegangen wird, so mag es doch dem Herausgeber dieser Sammlung, da er bei der Deliberation das Präsidium führte und sie leitete, erlaubt seyn, über den Gang der Berathung einige Worte zu sagen, wodurch hoffentlich manche der aufgeworfenen Zweifel sich lösen, besonders aber die Gränzen, in welchen sich der Gerichtshof bei seiner Berathung und Entscheidung halten zu müssen glaubte, hervorgehen werden.

Vor Allem ist zu bemerken, daß die Klage der Staatsanwälte — nach der richtigen mündlichen Bemerkung des Welkerschen Rechtsbeistandes — nicht weniger als dreimal verändert oder angeblich verbessert ward. Dieser Umstand veranlaßte den 3ten und 4ten Entscheidungsgrund.

Es ward nun bei der Berathung, wie natürlich, die Legitimation des Staats-Anwalts aller weitern Prüfung vorausgeschickt, und nur für den Fall, daß die Collegial-Mehrheit sie für vorhanden annehmen würde, behielt man sich vor, auf die Schuld oder Unschuld des Angeklagten einzugehen, und weitere Berathung darüber zu pflegen.

Weil aber die Berechtigung des Staats-Anwalts, in Preßvergehen gerichtlich aufzutreten, durch das Preßgesetz mehrfach bedingt ist, wiewohl nicht durchaus auf die consequenteste und deutlichste Weise,

§. 43. des Preßgesetzes und §. 10. des Gesetzes über Ehrenkränkungen,

und da derselbe sich bei einigen Preßvergehen als legitimirt durch sein Amt darstellt, bei andern aber einer Vollmacht des beleidigten Theils bedarf, so mußten vorerst beide Arten der Legitimation im concreten Falle zur Frage kommen.

Die amtliche Legitimation des Staatsanwalts, und

ob dazu die Erfordernisse des erwähnten §. 43. vorhanden waren, konnte nicht anders geprüft werden, als wenn man voraus darüber sich aussprach: für wen er eigentlich auftrete, oder wer der durch den Aufsatz in Nro. 100. des Freisinnigen beleidigte Theil sey, zumal die Staatsanwälte mit der Benennung desselben mehrmals gewechselt hatten. Es entschied nun die große Majorität, — 9. Stimmen gegen 4, daß der Aufsatz nicht gegen die Person Sr. Königl. Hoheit, nicht gegen die Großh. Regierung mit Inbegriff des Regenten, auch nicht gegen die Gesammtheit dieser Regierung gerichtet sey, sondern nur gegen diejenigen Mitglieder derselben, welche zu der Verordnung vom 5ten Juni 1832. gerathen hätten. — Daraus konnte aber nichts weiter folgen, als daß der Staatsanwalt nicht berechtiget sey, für die Gesammtheit der Großherzoglichen Regierung von Amtswegen aufzutreten. Dieses ward in dem 1sten und zweiten Entscheidungsgrunde ausgesprochen, deren Gegenstand also nur die offizielle Legitimation des Staatsanwalts zur Klage war.

Nachdem die Majorität die amtliche Legitimation des Staats-Anwalts für diesen Fall nicht anerkennen wollte, kam man auf die zweite Frage: ob derselbe durch genügende Vollmacht des beleidigten Theils legitimirt sey? — Die Mehrheit verneinte auch diese Frage, weil sie dazu den Justiz-Ministerial-Beschluß vom 26ten Juni vorigen Jahres nicht für hinreichend erachtete, und so kam man zu dem Resultate: daß es dem Staatsanwalt an jeder Legitimation zu derjenigen Klage, welche er beim Hofgerichte erhoben hatte, fehle.

Damit, und mit der Zurückweisung der Klage angebrachtermaßen, endigte sich die ganze Berathung, indem es sich von selbst verstand, daß das Gericht, welches den Kläger nicht für legitimirt ad processum und zur Sache hielt, auf Prüfung der Materialien seiner Klage nicht ein-

gehen konnte, und dieses auch so wenig that, daß es die Entscheidungsgründe des Respicienten, welche in die Hauptsache eingingen, nicht adoptirte.

Vielmehr wurden nur diejenigen frühern Entscheidungen des Oberhofgerichts in der Anklagsache des Herausgebers und Redacteurs des „Wächters am Rhein", auf welche der Staatsanwalt zu seiner Legitimation sich bezogen hatte, berücksichtigt. Man fand jedoch theils die Fälle von dem vorliegenden wesentlich verschieden, theils erklärten mehrere Stimmführer, daß sie von ihrer damaligen Ansicht, welche sie in den ersten Zeiten der Erscheinung des Preßgesetzes ausgesprochen hätten, zurückträten.

Aus dieser einfachen Darstellung mag jeder Unbefangene selbst folgern, was von der Auslegung des oberhofgerichtlichen Urtheils in verschiedenen öffentlichen Blättern zu halten sey.

Unter andern wird er sich überzeugen, daß der Ausdruck: „angebrachtermaßen" nicht so überflüssig ist, wie ihn die Note in Nro. 22. der „Annalen für die Großh. Badischen Gerichte" bezeichnen will. Er ist in dem Gerichtsstyle des Oberhofgerichts und anderer höhern Landesgerichte hergebracht, um unter andern den Fall zu bezeichnen, wo die Klage wegen Mangels in der Form zurückgewiesen wird. Dieses wollte man ausdrücken, ohngeachtet es sich wohl durch Vergleichung mit den Entscheidungsgründen von selbst ergeben hätte. Auf die Wirkung dieses Ausdrucks oder dieser Clausel, ob nämlich daraus folge, daß bei weiterer Verfolgung des Angeklagten, die Klage verbessert werden dürfe, oder daß eine neue angestellt werden müsse? — welche Frage, wie einzelne Fälle gezeigt haben, nicht ganz unbestritten ist —, hätte der Gerichtshof erst dann zurückkommen können, wenn der eine oder der andere Weg vom Staatsanwalte eingeschlagen worden wäre.

Wenn ferner dort apodiktisch ausgesprochen werden will: daß jede neue Klage durch Verjährung ausgeschlossen sey, so war der Gerichtshof weit entfernt, sich auch nur mittelbar über die zweifelhafte Frage: ob einer weiteren unter gehöriger Vollmacht angebrachten oder aber einer verbesserten Klage die Verjährung des §. 32. des Preßgesetzes entgegenstehen würde? auszusprechen. Dieses künftige Ereigniß gehörte offenbar nicht in die Deliberation.

Endlich kann der Satz, daß aus den beiden ersten Entscheidungsgründen zu folgern sey, daß das Urtheil freisprechе in Beziehung auf Alles, was Gegenstand der Klage war, nur bedingt als richtig angenommen werden. Von einer Freisprechung war in dem Urtheile, welches jedenfalls den Vorzug vor den Entscheidungsgründen haben muß, mit keiner Sylbe die Rede, und es konnte auch nicht seyn, da das Materielle der Anklage nicht geprüft ward. Wäre dieses die Absicht gewesen, so würde die Fassung des Urthels anders ausgefallen seyn. — So aber sind — wie gesagt — zwar in den beiden ersten Entscheidungsgründen Sätze ausgesprochen, welche eigentlich blos auf die Legitimation des Staatsanwaltes Bezug haben sollten. Wollte man aber auch weiter gehen, und diesen Entscheidungsgründen gleich dem Urtheile, Rechtskraft beilegen, — oder könnte man behaupten, daß bei einer etwaigen weitern Deliberation die Votanten durch die in diesen Entscheidungsgründen ausgesprochene Ansicht gebunden wären, so würde doch nichts weiter daraus folgen, als daß die namentlich darin aufgeführten zwei Beschuldigungen des Freiburger Staatsanwalts, nicht für gegründet gehalten wurden. Davon aber bis zur gänzlichen Freisprechung des Angeklagten war noch ein weites Feld.

Offenbarungs-Eid.

(Erben der Gernerschen Ehefrau gegen Adlerwirth Gerner.)

Als die Gernersche Ehefrau am 12ten Sept. 1831 verstarb, ward von dem Wittwer dieser Todesfall nicht nur der Behörde sogleich angezeigt, sondern auch um Obsignation gebeten, welche zwei Tage später durch den Ortsvorstand vollzogen und ein Inventarium durch den Theilungs-Commissär errichtet ward.

Der vorgefundene baare Geldvorrath belief sich auf mehr als 4000 fl. —, indem die H—schen Eheleute nicht nur beträchtliche Capitalien besaßen, sondern auch einen Weinhandel, wozu sie stets baares Geld bedurften, geführt hatten.

Einige Monate nach der Inventur verlangten die Erben der Ehefrau, daß der Adlerwirth G. einen Offenbarungs-Eid abschwören solle, weil er einige Tausend Gulden verheimlicht und in einen kupfernen Hafen versteckt hätte. Ein solcher Hafen fand sich auch wirklich mit etwa 2000 fl. vor.

Der Adlerwirth glaubte zur Ableistung eines Manifestations-Eides nicht verbunden zu seyn, weil er zur gehörigen Zeit die Obsignation und Inventur des Vermögens selbst betrieben habe, und weil also nach der Eidesordnung kein Offenbarungs-Eid statt finde; zumal, da er seine Schwägerin von dem Vorhandenseyn dieses Geldes in Kenntniß gesetzt. Bei Vornahme der Obsignation wäre ihm die Aufbewahrung dieser Summe nicht gerade eingefallen.

Die erste Instanz verwarf den Antrag auf Abnahme des Offenbarungs-Eides, die zweite verordnete diese Eidesleistung in der angetragenen Weise, und das Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Rescript in der Art, daß der urtheilsmäßige Eid bei Vermeidung des im §. 661. der neuen Prozeßordnung gesetzten Rechtsnachtheils, auszuschwören sey.

Entſcheidungsgründe:

1) Der von dem Oberappellanten angerufene §. 17 b. der Eidesordnung kann nicht ſo verſtanden werden, daß das bloße Anſuchen bei der Behörde um Verſiegelung von Seiten des im Hauſe des Erblaſſers hinterbliebenen Familiengliedes, Letzteren ſchon von der Ableiſtung eines Offenbarungs-Eides befreie, vielmehr wird dabei, wenn man nicht dem Geſetze eine ganz unrichtige Deutung geben will, zugleich nothwendig vorausgeſetzt, daß das die Verſiegelung nachſuchende Familienglied auch alles geleiſtet und bewirkt habe, um die Behörde in den Stand zu ſetzen, die Verſiegelung ſämmtlicher Erbſchaftsſtücke von Seiten der Obrigkeit vornehmen zu können.

Daß aber in Wahrheit der Geſetzgeber bei der vorgedachten geſetzlichen Beſtimmung von der bemerkten Vorausſetzung ausgegangen iſt, erhellet ganz deutlich aus dem in dem Geſetze gemachten Beiſatze, daß der Offenbarungseid allerdings da ſtatt finden ſolle, wo die geſetzmäßige Vorſchrift zur Bewahrung einer liegenden Erbſchaft, d. h. des ganzen Umfangs ſämmtlicher Erbſchaftsſtücke, aus Schuld des Aufbewahrers unterblieben ſey.

In dem vorliegenden Falle iſt nun aber wirklich dieſe geſetzmäßige Vorſchrift in Beziehung auf ein Erbſchaftsſtück, durch die Schuld des Aufbewahrers hintangeſetzt worden; denn G. wußte, daß außer ſeinem von dem Theilungs-Commiſſär unter Siegel genommenen baaren Geldvorrathe, auch noch Erbſchaftsgelder in einem kupfernen Hafen vorhanden waren, es wäre ihm daher obgelegen, dieſen gleich bei der Obſignation beizubringen; was er mit Vergeſſenheit von ſeiner Seite ſo wenig zu beſeitigen, als dieſe durch das Vorgeben vieler Geſchäfte in der Haus- und Schildwirthſchaft zu entſchuldigen vermag.

Durch dieſe nicht geſchehene Auslieferung der in dem Hafen enthaltenen Erbſchaftsgelder, die ſich in der einſeiti-

gen Verwahrung der Oberappellanten befunden haben, fehlte es einestheils so wenig an der Möglichkeit eines Eingriffs in solche von Seiten des Verwahrers, als anderntheils wegen der Wirklichkeit eines Eingriffs dem Oberappellaten alle Gewährschaft ermangelt, weßwegen dann das Hofgericht mit Recht demselben die Ableistung des Offenbarungs-Eides auferlegt hat.

2) Die weitere Beschwerde des Oberappellanten, daß seinen beiden Schwägerinnen die Ausschwörung des Offenbarungs-Eides nicht auferlegt worden sey, stellt sich offenbar als grundlos dar, weil nach §. 17. e. der Eides-Ordnung, der Offenbarungs-Eid nur da statt finden kann, wo die gesetzmäßige Vorschrift zur Bewahrung einer liegenden Erbschaft, aus Schuld desjenigen, in dessen Händen, Gewahrsam, Verwaltung oder Aufsicht sie sich zur Zeit des Ablebens des Erblassers befand, unterblieben ist, weil ferner, nach §. 648. der neuen Prozeß-Ordnung, der Offenbarungs-Eid nur auf Verlangen desjenigen, welcher sein Interesse, und wo ein in gesetzlicher Form errichtetes Vermögens-Verzeichniß vorliegt, einen besondern Verdacht der Veruntreuung oder Verheimlichung bescheinigt, demjenigen auferlegt werden kann, der einen Inbegriff von Sachen oder Rechten anzuzeigen oder herauszugeben verpflichtet ist. Hiernach würde also dem G. nichts weiter übrig bleiben, als eine besondere Klage auf Entwendung gegen seine Schwägerinnen anzustellen.

Was endlich 3) die von dem oberappellantischen Sachwalter in der mündlichen Verhandlung eingelenkte Adhäsion betrifft, so erscheint solche zwar sowohl in formeller als materieller Hinsicht als begründet, es bedarf jedoch deßfalls keiner Abänderung des hofgerichtlichen Urtheils, indem es sich von selbst versteht, daß das gesetzliche Präjudiz auf den Ausschwörungs- oder nicht Ausschwörungsfall, nach §. 651. des Prozeßrechts, in Anwendung gebracht werden muß.

Bemerkungen:

Zum 1. Entſcheidungsgrunde. Dieſer ſteht ganz im Einklange mit der Anſicht des Oberhofgerichts vom Jahr 1824. (Jahrbücher 2. Theil, S. 9. 10.) Denn der ſpecielle Verdacht gegen gewiſſe Perſonen, welcher zum Manifeſtations-Eide erfordert wird, war hier in hohem Grade gegen den Adlerwirth G. vorhanden. Uebrigens ging das reformatoriſche Reſcript des Hofgerichts nur per majora durch.

Zum 2. Entſcheidungsgrunde. Nach §. 17. b. der Eidesordnung konnte der Oberappellant, wenn er wollte, nicht ſowohl eine beſondere Klage auf Entwendung gegen ſeine Schwägerinnen anſtellen, ſondern er konnte ſie vielmehr zu einer feierlichen Vergelübdung anhalten, oder ſie ob expilatam hæreditatem belangen.

Zum 3. Entſcheidungsgrunde. Das Hofgericht konnte nicht füglich das Präjudiz des §. 651. der neuen Prozeßordnung in ſeinem Reſcripte androhen, weil in 2. Inſtanz die Sache noch nach der alten Prozeßvorſchrift verhandelt ward. — Es ward zwar vorgeſchlagen, dieſes Präjudiz aus den L. R. Sätzen 1369. und 1477. herzunehmen, man vereinigte ſich jedoch dahin, gar keine Präjudiz auszudrücken.

Darüber beſchwerte ſich der appellantiſche Anwalt im mündlichen Verfahren adhærendo, welche Adhäſion jedoch ſein Gegner für verſpätet ausgeben wollte. — Durch den 3. oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgrund iſt nun ſo viel ausgeſprochen, daß eine ſolche Adhäſion auch in der mündlichen Verhandlung Platz greife. Uebrigens aber könnte man bezweifeln, ob dieſer dritte Entſcheidungsgrund ganz mit dem Urtheile übereinſtimme? denn wenn es im letzten heißt: das hofgerichtliche Reſcript ſey mit dem Anhange zu beſtätigen, daß der urtheilsmäßige Eid, bei Vermeidung des im §. 651. der neuen Prozeßordnung geſetzten Rechtsnach-

theils auszuschwören sey, so sah dagegen der dritte Entscheidungsgrund die Anwendung dieses Präjudizes so an, daß es sich von selbst verstehe, und es keiner Abänderung des hofgerichtlichen Urtheils bedürfe. Durch den Anhang ist aber auf die Beschwerde des Adhärenten eingegangen und dieselbe ausdrücklich erledigt; indessen hatte dieses nicht einmal auf den Kosten-Punkt Einfluß.

Kann der Anwalt seine Specialvollmacht zur Eidesdelation bei den mündlichen Verhandlungen dritter Instanz noch nachbringen?

(Renner gegen Barth.)

Ein in zweiter Instanz deferirter Haupteid ward von dem Hofgerichte nicht zugelassen, weil keine Specialvollmacht dazu beigebracht war. Als nun der Anwalt des Beklagten eine solche Vollmacht bei den öffentlichen Verhandlungen vor dem Oberhofgerichte produzirte, so bestritt der Gegner die Zulässigkeit dieser nachgeschobenen Urkunde in Bezug auf §. 1170. der neuen Prozeß-Ordnung.

Hinsichtlich dieses Gegenstandes ward, nach Ausweis der Entscheidungsgründe, angenommen:

1) Daß der Auftrag zur Eidesdelation in den gewöhnlichen gedruckten Vollmachts-Exemplarien nicht genüge, vielmehr, wenn gleich die Obergerichtsordnung sich weder über die Nothwendigkeit noch über die Entbehrlichkeit einer Spezialvollmacht erklärt habe, dennoch, sowohl nach der gemeinen Prozeßtheorie, als nach der hierländischen Gerichtspraxis, die Stellvertreter der Partheien nicht berechtiget seyen, den Eid ihrem Gegentheil zuzuschieben, wenn sie nicht von ihrer Principalschaft mit einer Specialvollmacht versehen, oder zur Verwaltung aller ihrer Güter und Geschäfte

bestellt sind. L. 17. §. 3. L. 18. 19. D. de jurej. L. 60. D. de proc. Cap. 4. de proc. in 6. Danz gem. bürgerl. Prozeß §. 368.

2) Daß der Anwalt nicht befugt sey, eine solche Special-Vollmacht bei der mündlichen Verhandlung in dritter Instanz nachzuschieben, zufolge §. 1170. Nr. 4. der N. Pr. Ordnung.

Ist, wenn der Beweis anticipirt worden, der Richter verbunden, ein besonderes Beweis-Erkenntniß, nach Vorschrift des §. 393. der neuen Prozeßordnung, vorausgehen zu lassen, oder kann er sogleich auf die Zulassung eines der anticipirten Beweismittel erkennen?

(Veit gegen Feid.)

V. hatte gegen F. eine Schuld eingeklagt, ward aber mit seiner Forderung von der ersten Instanz abgewiesen.

In der Appellations-Instanz legte Beklagter eine Quittung des Klägers vor, wodurch bescheinigt werden sollte, daß Capital und Zinsen zurückbezahlt seyen. — Die Aechtheit der Unterschrift ward geläugnet und eine Schriftvergleichung angeordnet. Bei der weitern öffentlichen Verhandlung dieser Sache protestirte der Beklagte gegen die seitherigen Verhandlungen, behauptend, es stehe dem Gerichte nicht zu, das Beweismittel selbst zu wählen, sondern es habe nur überhaupt auf Beweis zu erkennen, und müsse es dann den Parthieen überlassen, welche Beweismittel sie in Anwendung bringen wollten.

Eventuell ward dem Kläger ein Eid dahin deferirt, daß die Unterschrift unter der Quittung nicht von ihm herrühre,

und noch eventueller dahin: daß er den Betrag seiner Forderung nicht bezahlt erhalten habe.

Die zweite Instanz legte dem Kläger auf, den zweiten ihm deferirten Eid abzuschwören.

Davon ward an das Oberhofgericht appellirt, und über Verletzung des gerichtlichen Verfahrens Beschwerde geführt, einestheils, weil bei einer eventuellen Eidesdelation das Erkenntniß auch nur eventuell gegeben werden dürfe, d. h. daß nicht auf einen Eid erkannt werden könne, welcher nur auf den Fall zugeschoben worden, wenn ein anderer, gleichfalls deferirter, nicht für zulässig erachtet würde — ohne daß zuvor ein Erkenntniß über die Unzulänglichkeit des vorgehenden Eides gegeben sey.

Anderntheils ward sich darüber beschwert, daß der Richter nicht eigenmächtig die Beweismittel wählen dürfe, deren sich eine Parthie in ihrer Streitsache bedienen solle.

Es ward gebeten, den Beklagten für berechtigt zu erklären, den Beweis der Nichtschuld zu führen, oder eventuell auszusprechen, daß der Beklagte sich der Eidesdelation über die Aechtheit der Quittung bedienen könne.

Die Oberappellation ward verworfen, in Erwägung, daß 1) das Hofgericht dadurch, daß es auf einen der beiden zugeschobenen Eide erkannte, den andern stillschweigend verworfen habe, darin aber keine Verletzung der Prozeßform liege.

2) Daß, obgleich nach §. 397. der neuen Prozeßordnung die Beweis-Anticipation zwar auf Bestimmung des Beweis-Satzes und der Beweisfrist keinen Einfluß habe, dennoch nur dann auf Beweis zu erkennen sey, wenn der anticipirte Beweis nicht den Beweissatz erschöpfe, was hier durch die Eideszuschiebung, auf welche das Hofgericht erkannte, der Fall gewesen.

3) Daß selbst dann, wenn man eine Verletzung der Vorschriften des Verfahrens wegen Unterlassung des Beweis-

erkenntnisses annehmen wollte, der Oberappellant nicht nachgewiesen habe, daß er dadurch ein Beweismittel verloren habe, ihm also eine materielle Beschädigung zugefügt worden sey.

Analoge Anwendung der im Satz 92. a. f. des Handelsrechts bestimmten 14tägigen Klagverjährung für den Kaufbesorger, auf einen reinen Kauf und Verkauf.

(Meder gegen Oßwald.)

Es war der Buchhändler O. von einem Schreibmaterialienhändler auf den Rest einer Kaufsumme für geliefertes Papier belangt worden. Als Widerklage stellte er eine Entschädigungsforderung auf, wegen schlechter Qualität des gelieferten Papiers, wodurch veranlaßt sey, daß an dem Werke, welches auf dieses Papier gedruckt worden, fünf Bogen, als unbrauchbar, hätten umgedruckt werden müssen.

Er wollte behaupten, daß nicht er die Fehler der Waare, wohl aber, daß solche der Wiederbeklagte gekannt habe.

Unter denen dieser Widerklage entgegengesetzten Einreden, ward namentlich die herausgehoben, daß die Unbrauchbarkeit der Waare nicht in der durch das Gesetz bestimmten Frist angezeigt worden sey, und sich deßhalb auf den Satz 92. a. f. in Verbindung mit Satz 92. a. e. des Handelsrechts bezogen.

Der Widerkläger wollte jedoch die Anwendung dieser Sätze auf den vorliegenden Fall nicht zugeben, weil sie nur zwischen dem Besteller einer Waare und dem Kaufbesorger, nicht zwischen dem Käufer und unmittelbaren Verkäufer gelten sollten.

Das Hofgericht glaubte dieser Bestimmung des Handelsrechts eine analoge Anwendung auf den zu entscheidenden Fall geben zu müssen, weil nach Satz 1. Absatz 1. b. des Handelsrechts, die Gesetze in Handelssachen, wo sie Abweichungen von dem bürgerlichen Gesetze aussprächen, auch Rechtsähnlichkeiten für nicht ausgedrückte Fälle gäben. Daher die Sätze 92. aa. und a. g. welche von der Kaufbesorgung handelten, auch bei einem Käufer und Verkäufer in Handelssachen Anwendung finden müßten.

Das Oberhofgericht war jedoch anderer Ansicht, und änderte die Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen dahin ab, daß es auf einen Beweis über die vom Widerkläger behaupteten Thatsachen erkannte, und in seinen Entscheidungsgründen Folgendes aussprach:

1) „Die Klage auf Entschädigung wegen Verkauf einer „fehlerhaften Sache, die durch ihre schlechte Beschaffenheit „und verborgene Fehler unbrauchbar war, ist durch die k. „R. Sätze 1641. und 1647. begründet."

2) „Eine solche Klage wird durch den k. R. Satz „1648. und durch den Satz 92. a. k. des Handelsrechts, „welche nur auf Fälle, wo auf Zurücknahme fehlerhafter „Waare geklagt wird — somit nur auf Wandelklagen „anwendbar sind, nicht elidirt.

Den Satz Nr. 2. erläuterte der oberhofgerichtliche Respicient in seinem Gutachten näher dahin:

„k. R. Satz 1648. verordnet, daß die Anstellung von „Klagen auf Zurücknahme fehlerhafter Waare in kurzer „Frist geschehen müsse. Der Satz 92. a. k. des Handels„rechts bestimmt bei der Kaufbesorgung diese Frist auf „14 Tage vom Empfang der Waare an, und Satz 92. a. c. „verordnet, daß die Waare entweder zurückgesendet „werden, oder auf Disposition des Kaufbesorgers auf dem „Platze liegen bleiben soll. Auch dieser Satz unterstellt so„mit, gleich dem k. R. Satz 1648. eine Verbindlichkeit zur

„Zurücknahme der Waare, eine bevorstehende rehibito-
„rische Klage.“

„Der Grund, warum in Fällen, wo auf Zurücknahme
„der Waare wegen Fehler geklagt wird, oder bei rehibito-
„rischen Klagen, eine kurze Frist bestimmt ward, liegt darin,
„damit der Verzug dem zurücknehmenden Verkäufer oder
„Kaufbesorger wegen etwaiger Zunahme des Fehlers, nicht
„nachtheilig werde, oder damit die Waare im Verlaufe der
„Zeit nicht im Preiße falle.“

„Dieser Grund der kurzen Klagverjährung, der solcher-
„gestalt nur bei Wandelklagen statt findet, fällt da, wo
„nicht auf Zurücknahme der Waare, sondern rein auf Ent-
„schädigung, wegen gänzlicher Unbrauchbarkeit derselben ge-
„klagt wird, gänzlich hinweg.“

„Daher findet sich auch in unserm Landrechte nirgend
„ein Satz, nach welchem auch bei Entschädigungsklagen we-
„gen unbrauchbarer Waare, eine kurze Verjährung statt
„finde; denn hier hatte der Gesetzgeber wegen zunehmender
„Größe des Fehlers, oder wegen Wandelbarkeit des Preißes
„der Waare, nicht Vorsorge zu treffen.“

„Klagverjährungen, durch welche Rechte erlöschen, und
„die eine Art von Strafe enthalten, können auch nur auf
„die in den Gesetzen ausdrücklich benannten Fälle, und nicht
„analog auf andere, am wenigsten auf solche ausgedehnt
„werden, wo der Verjährungsgrund nicht vorhanden ist.“

Zulässigkeit einer Provocation ex lege diffamari, wenn der Provocant im Besitze des Streitobjectes ist.

(Gemeinde Röthenbach gegen die fürstliche Standesherrschaft Fürstenberg.)

Daß diese Art der Provocation unter unserm neuen Prozeßverfahren zulässig sey, setzt der §. 762. der neuen Prozeßordnung außer Zweifel. — Sie war es aber auch unter der Herrschaft der Obergerichts-Ordnung und nach Einführung des Landrechts; wenigstens nach der der Brauer'schen Meinung entgegengesetzten Ansicht des Oberhofgerichts. Jahrbücher 1r Band S. 308. — 312.

Da sie indessen eine Ausnahme von der Regel, daß Niemand zur Klage gezwungen werden kann, bildet, so folgt weiter, daß sie nur da zulässig ist, wo der Provocant kein ordentliches Rechtsmittel hat, um zu seinem Anspruche zu gelangen. Der bemerkte Rechtsstreit war von der Frage abhängig, ob dieses Erforderniß vorhanden sey, oder nicht?

Die Gemeinde R. sowohl als die fürstliche Domainen-Kanzlei behauptete Besitz und Eigenthum an gewissen Waldungen. Auf den Grund der Berühmung von Seiten der fürstlichen Standesherrschaft, erhob die Gemeinde eine Provocationsklage, welcher die erste Instanz dahin statt gab, daß sie der Standesherrschaft auflegte, ihre Ansprüche auf den Besitz und das Eigenthum der fraglichen Waldungen binnen 4 Wochen — bei Verlust ihrer Ansprüche und Auferlegung eines ewigen Stillschweigens — vor dem Gerichtsstande der Provocanten, anzubringen, und sie purificirte demnächst diesen Spruch, indem sie das angedrohte Präjudiz aussprach.

Die zweite Instanz reformirte jedoch dieses Erkenntniß dahin: daß die Provocationsklage als unstatthaft zu verwerfen, und das amtliche Decret wieder aufzuheben sey.

Dieses hofgerichtliche Urtheil bestätigte das Oberhofgericht lediglich, in Erwägung:

1) „Daß Provocationsklagen, als Ausnahmen von der „Rechtsregel: daß Niemand zur Verfolgung seines eigenen „Rechts gezwungen werden könne, nicht zu begünstigen „seyen."

2) „Daß sie, als subsidiarische Rechtsmittel, nur dann „statt hätten, wenn durch ein ordentliches Rechtsmittel der „Zweck nicht auf gleiche Weise erreicht werden könne."

Claproth sum. Prozeß §. 270. und 274. Danz sum. Prozeß §. 72. Neue Prozeß-Ordnung §. 764.

„Daß, wenn der provocantische Theil selbst die Richtigkeit „dieser Sätze anerkenne, aber behaupte, daß kein in der „Hauptsache gleich wirksames, und seinem Interesse gleich „entsprechendes Rechtsmittel ihm zu Gebote stehe, er doch

3) „angebe, im Besitze, und zwar in einem unfürdenkli„chen, der befraglichen Waldungen zu seyn. Daß, wenn „dieses der Fall wäre, er gar keines Rechtsmittels bedürfen „würde, weil ihm der L. R. Satz 544. e. alle Befugnisse des „wirklichen Eigenthümers zusichere, so lange der Gegen„theil nicht einen stärkern Besitz, oder ein stärkeres Recht, „für sich zu erweisen vermöge."

4) „Daß, wenn die provocatische Standesherrschaft es „früher oder später unternehmen sollte, einen stärkern Besitz „oder ein stärkeres Recht geltend machen zu wollen, die „Provocantin doch wegen der Mittel zur Vertheidigung „ihres eigenen jüngsten oder verjährten Besitzstandes „unmöglich in Verlegenheit seyn könne, da selbst der ver„jährte Besitz (die Ersitzung) längstens 30 Jahre in sich „schließe, und es für solche Zeit an Zeugen, wenn der Be„weis blos durch diese zu führen wäre, nie mangeln könnte."

5) „Daß sogar die Provocantin nicht gehindert seyn „würde, auf den Grund der Ersitzung, selbst die Eigen„thumsklage anzustellen, da dieselbe, nach neuem Rechte, „nicht mehr als bloße Exception, sondern auch als Erwerbs„titel gebraucht werden könne."

6) „Daß gegen bloße Besitzstörungen es der Provo„cationsklage ohnehin nicht bedürfe. Endlich

7) „Daß, wenn nicht die Provocantin, sondern die „provocatische Standesherrschaft, sich im Besitze der frag„lichen Waldungen befinde, sie sich deßhalb der Provo„cationsklage nicht bedienen könne, weil der Besitzer nie zu „klagen brauche. **Is agit, qui non possidet, §. 4. I. de „interdict.**"

I.

Gegenstände des neuen Proceßrechts,

und

Entscheidungen unter dessen Herrschaft.

Bau- und Reparationspflicht an Schulhäusern. Begriff von Hauptreparaturen an geistlichen Gebäuden.

(Evangelische Gemeinde Thennenbronn gegen Großh. Fiscus.)

Die erwähnte Gemeinde verlangte, bei der Mittellosigkeit des Heiligen, vom Großh. Fiscus, daß derselbe sowohl die nöthigen Reparaturen, als auch die Neubauten an dem dortigen Schulhause tragen solle.

Zur Begründung ihres Anspruchs behauptete die Klägerin, daß die Rechtsvorfahrer des Großh. Fiscus, das Kloster St. Georgen und Würtemberg, als Besitzer des großen Zehnten, zum Bau der Kirche, des Pfarr- und Schulhauses verbunden gewesen seyen.

Daß auch der beklagte Fiscus, seit der Zahlungsunfähigkeit des Heiligen, die Brandversicherungsbeiträge für das Schulhaus bezahlt habe.

Endlich berief sich die Gemeinde auf mehrere Baufacta, welche seit dem Jahre 1818. gegen den Großh. Fiscus vorliegen sollten.

Es erwirkte auch die klagende Gemeinde beim Großh. Hofgerichte am 30. Mai 1832. ein obsiegliches Urtheil, des Inhalts:

„Dem beklagten Großh. Fiscus liege bei dem nun man„gelnden Heiligenfond die Baupflicht zu dem Schulhause in

„evangelisch Thennenbronn zur Last, und sey derselbe sowohl „zu den nöthigen Reparaturen, als zu den Neubauten ver„bindlich zu erklären und in die Kosten dieses Rechtsstreites „zu verfällen.“

Auf dagegen ergriffene Appellation fand sich jedoch das Oberhofgericht bewogen, am 28. Februar 1833. reformatorisch dahin zu erkennen:

„es sey das hofgerichtliche Urtheil dahin abzuändern, „daß die klagende Gemeinde mit ihrer gegen Großh. Fiscus „erhobenen Klage auf Anerkennung der Schulhausbaupflicht „lediglich abzuweisen und in die Kosten beider Instanzen zu „verfällen sey.“

Entscheidungsgründe.

Nach Inhalt des §. 23. des Bau-Edicts von 1808., besagend:

„Altvorhandene Schulgebäude liegen im Zweifel, d. h. „so lange nicht ein Einbekenntniß, ein Urtheil oder ein Bau„factum einen andern Schuldner sicher nachweist, jedem „Kirchspiel, und wenn es in mehrere Schulbezirke getheilt „ist, der betreffenden Schulgemeinde zu erhalten und wieder „aufzuerbauen, auf.“

ist die klagende Gemeinde rücksichtlich des in Frage liegenden Schulhauses in so lange als baupflichtig zu betrachten, als sie nicht zu beweisen vermag, daß gegen den beklagten Großh. Fiscus einer der im gedachten Gesetz erwähnten Ausnahmsfälle spricht.

Insofern nun die Gemeinde ihre Klage

1) auf die Behauptung stützt: „daß schon der Rechts„vorfahrer von Würtemberg, das Kloster St. Georgen, als „Besitzer des großen Zehnten, zum Bau der Kirche, des „Pfarr- und Schulhauses verpflichtet gewesen sey, in Folge „welcher Verbindlichkeit ein ehemaliger Abt besagten Klosters „schon vor Jahrhunderten ein Capital von 3000 fl. zur „Gründung eines Baufonds ausgesetzt habe, nach dessen

„Erschöpfung nunmehr wieder die ursprüngliche Baupflich-
„tigkeit des Klosters, resp. seiner Rechtsnachfolger, eintrete,"

so sind nicht nur die thatsächlichen Verhältnisse dieses Klaggrundes gänzlich unerwiesen, sondern auch um deßwillen unerheblich, weil nach Vorschrift des allegirten Gesetzes, in Verbindung mit §. 21. des Bau-Edicts, in allen streitigen Fällen die betreffende Gemeinde nur alsdann eine Freiheit von der Schulhausbaulast geltend machen kann, wenn sie zu zeigen im Stande ist, daß diejenigen, welche sie als baupflichtig in Anspruch nehmen will, ein Einbekenntniß, ein Urtheil oder ein Baufactum gegen sich haben, wo hingegen aus andern, als diesen drei Gründen, eine Baupflicht gegen einen Dritten sich überall nicht begründen läßt. — Der vom klagenden Theil in der Beweisantretungsschrift angegebene Inhalt des geistlichen Lagerbuchs von St. Georgen, renovirt im Jahre 1716., ist darum ohne allen Werth, weil darin von einer dem Kloster St. Georgen, resp. Würtemberg, in Ansehung des Schulhausbaues, bei Unzureichenheit des Heiligen, obliegenden Bauschuldigkeit kein Wort, sondern nur so viel enthalten ist, daß der Prälat von St. Georgen Kirchenpatron zu Thennenbronn sey, welches Patronatrecht für sich allein aber, nach dem §. 32. des Kirchenlehnherrlichkeits-Edicts vom 24. März 1808., in Verbindung mit der Erläuterung dieses Gesetzes vom 3. October 1811. (Reggs. Blatt Nr. 28.) überall nicht mehr als Grund der auf sich habenden Kirchenbauschuldigkeit, am wenigsten aber einer Schulhausbaupflicht, angezogen werden kann.

2) Gleich unerheblich ist die Behauptung, daß der Großh. Fiscus, seit der Zahlungsunfähigkeit des Heiligen, die Brandversicherungsbeiträge für gedachtes Schulhaus entrichtet haben soll, da kein Gesetz besteht, welches an diese Thatsache die Verpflichtung zur künftigen Unterhaltung und neuer Erbauung eines solchen Schulgebäudes als Folge knüpft.

Was nun endlich

3) die Baufacta betrifft, welche seit dem Jahre 1818. gegen den Großh. Fiscus vorliegen sollen, so ist

a) die angeblich in gedachtem Jahre auf Kosten des Fiscus stattgehabte Umdeckung des Daches nicht als erwiesen anzusehen. Zwar wird diese Ausbesserung von dem Zeugen Weißer, als durch ihn geschehen, mit dem Beisatze versichert, daß er die Zahlung dafür, die etwa 200 fl. betragen haben möge, von dem Verwalter in St. Georgen erhalten habe. Da aber der zweite aufgerufene Zeuge, Baumeister Heim zu Villingen, sich nicht daran erinnern will, mit dem vorhergehenden Zeugen einen Accord wegen Deckung des Schulhausdaches abgeschlossen zu haben, da auch der weitere Zeuge, Schlegel, nichts davon wissen will, im Jahr 1818. von der Domänen-Verwaltung St. Georgen nach evangelisch Thennenbronn abgesendet worden zu seyn, um das auf herrschaftliche Kosten neu hergestellte Dach des Schulhauses zu besichtigen, so reicht die einzeln stehende Aussage des Zeugen Weißer zur Herstellung des der Gemeinde obliegenden Beweises um so weniger hin, als sich derselbe über die Größe des statt gehabten Bauaufwandes nicht einmal mit Bestimmtheit zu äußern vermochte.

Der in der Beweisantretungsschrift eventuell dem gewesenen Domänen-Verwalter Beck zugeschobene Haupteid darüber: „nicht zu wissen, daß im Jahr 1818. das Dach des „Schulhauses auf fiscalische Kosten neu gedeckt worden sey“ wurde in dem Anbetracht, daß der klägerische Anwalt zu dieser Eideszuschiebung keine Ermächtigung durch Special-Vollmacht beigebracht hat, nicht zur Berücksichtigung geeignet gefunden.

So viel dagegen die weitern Baufacta betrifft, welche auf herrschaftliche Kosten in neuern Zeiten statt gefunden haben sollen, so ist zwar

b) Die im Jahr 1820. für das befragte Schulhaus statt

gehabte Erbauung eines neuen Schweinſtalles, und die Errichtung einer neuen Mauer, beides mit einem Aufwande von 14 fl. 36 kr., ſodann

c) die im Jahre 1823. vollführte Reparatur des Daches des Schulhauſes, mit einem Aufwande von 24 fl. 32 kr. — theils durch die Ausſagen der hierüber abgehörten Zeugen, theils durch das Geſtändniß des beklagten Fiscus ſelbſt, als erwieſen zu erachten. Allein dieſe geringfügigen Herſtellungen ſind keine Hauptausbeſſerungen im Sinne des §. 1. des Bau-Edicts, worunter das Geſetz, wie die Zuſammenſtellung der Worte: „Bau oder Hauptausbeſſerung deſſelben," ſodann der in §. 9. Lit. C. vorkommende Ausdruck: „Erbauungs- oder Haupterneuerungsfall" deutlich zu erkennen geben, beträchtliche, einen bedeutenden Koſtenaufwand verurſachende, den größern und wichtigern Theil der Gebäude umfaſſende Herſtellungen verſteht.

Da nun hinzukommt, daß bei dem ältern und wichtigſten bekannten Baufactum, nämlich der im Jahre 1792. ſtatt gehabten neuen Erbauung des Schulhauſes, der ſchon damals vorgelegenen Unzulänglichkeit des Heiligen ohngeachtet, die damalige Herzogl. Würtembergiſche Kammer, als Rechtsvorfahrerin des Großh. Fiscus, von aller Mitconcurrenz zu den Baukoſten frei geblieben iſt, und die Gemeinde zu außerordentlichen Mitteln, nämlich zu Geſuchen um Geſtattung einer ihr auch bewilligt gewordenen Collecte, ihre Zuflucht genommen hat, welches letztere Auskunftsmittel nach §. 9. Lit. C. des Bau-Edicts, ſogar Baufreiheit des Zehntherrn von der Kirchenbaupflicht nach ſich zieht, und um ſo mehr alſo bei einer ihm angeſonnenen Schulhausbaupflicht für ihn ſpricht, — ſo fehlt es für die behauptete Baupflicht des Großh. Fiscus an aller und jeder Begründung, und es mußte daher die Gemeinde mit ihrer Klage abgewieſen werden.

Bemerkungen. Die Entscheidung der beiden Instanzen mußte um deßwillen verschieden ausfallen, weil das Hofgericht die Baufacta, seit dem Edicte von 1808., für nachgewiesen ansah, und zumal auf das von 1818., die Umlegung des Daches, großes Gewicht legte. Dagegen fand der Appellationsrichter den Beweis dieses Factums nicht durch zwei Zeugen hergestellt, die spätern Bauten aber von den Jahren 1820. bis 1823. hielt er für keine Hauptreparaturen, wie sie das Edict fordert.

Daß nur die seit dem Erscheinen des Bau-Edictes vorgekommenen Baufacta in Anschlag gebracht werden konnten, um die gesetzliche Fiction, daß die Baupflicht anerkannt sey, zu begründen, ist an sich klar. Eben so, daß die Hauptreparatur von 1818. nicht gerechnet werden konnte, sobald das Collegium den factischen Beweis desselben nicht für hergestellt hielt.

Dagegen waren zwei spätere Baufälle, die Erbauung eines Schweinstalles nebst einer Mauer im Jahr 1820. und vom Jahr 1823. die Reparatur des Schulhausdachs — hinreichend, um jene gesetzliche Fiction zu begründen, sobald man darin Hauptreparaturen im gesetzlichen Sinne antreffen konnte.

Sieht man sich nun nach dem gesetzlichen Begriff einer Hauptreparatur um, so findet man darüber im Bau-Edicte nichts weiter, als ziemlich vage Bezeichnungen. Reparaturen mit beträchtlichem oder bedeutendem Kosten-Aufwande unternommen, und Reparaturen an dem größten und wichtigsten Theile des Gebäudes. — Bringt man bei dem Kostenaufwande den Werth des Gebäudes im Verhältniß zu den Kosten der Reparatur in Anschlag, so mag allerdings bei einem Schulhause auf dem Lande, welches in der Regel keinen bedeutenden Werth hat, schon eine Reparatur im Betrage von 20 oder 30 fl. — beträchtlich und bedeutend genannt werden können.

Eben so kann man nach Umständen so gut das Dach des Hauses als seinen Keller, zu dem wichtigsten und größten Theile des Gebäudes rechnen.

Bei dieser Unbestimmtheit könnte man sich vielleicht eine analogische Anwendung des L. R. Satzes 1754. erlauben, nämlich in so weit, daß man die darin benannten kleinen Ausbesserungen, welche dem Miethsmann zur Last fallen, zu den Nebenreparaturen, alle übrigen aber zu den Hauptreparaturen rechnete. In der Rücksicht, daß das Gesetz die Letztern zu den Lasten des Eigenthümers zählt, daß die Leistung derselben auf das Eigenthum des Gebäudes schließen läßt, und daß auf dem Eigenthümer des Gebäudes auch in der Regel die Bau- und Reparaturlast desselben liegt. Bestimmter spricht darüber der L. R. Satz 606., welcher unter andern zu den Hauptausbesserungen die neue Belegung der Dächer zählt. In den Entscheidungsgründen geschieht dieses L. R. Satzes keine Erwähnung, wahrscheinlich, weil man das **Baufactum** von 1818. die Umdeckung des Daches, nicht für erwiesen ansah, und es also nicht weiter darauf ankommen könnte, ob sie zu den Hauptreparaturen zu rechnen sey, oder nicht.

Endlich wollte auch der zweite oberhofgerichtliche Entscheidungsgrund kein Gewicht auf die von Klägern aus denen vom großh. Fiscus bezahlten Brandcatastergeldern hergeleiteten Argumente legen, weil kein Gesetz daran die Verpflichtung zur künftigen Unterhaltung der Gebäude knüpfe. Das Hofgericht aber leitete aus dieser Zahlung der Brandcatastergelder das Anerkenntniß ab, daß das Schulhaus ein herrschaftliches Gebäude sey, und hielt durch diesen Umstand die gesetzliche Fiction, daß die Baupflicht anerkannt sey, für bedeutend unterstützt. Wegen der Zahlungspflichtigkeit zu den Brandcassegeldern enthält zwar der §. 30. Bau-Edicts einige Vorschriften, sagt aber nicht, daß sie ein Kennzeichen der Baupflicht ist.

Privilegirtes Forum des Großh. Fiscus bei persönlichen Klagen.

(Lederle gegen Fiscus.)

Es fragte sich: ob der Kläger berechtiget sey, zu einer Klage gegen den Fiscus eines von den vier Hofgerichten nach Gefallen zu wählen, oder ob, nach der fiscalischen Behauptung, diese Staatsbehörde nur ausschließlich bei dem Hofgerichte zu Rastatt belangt werden könne? — Früherhin waren manche Fälle beim Oberhofgerichte vorgekommen, in welchen ohne Widerspruch die erste Instanz gegen den Großherzoglichen Fiscus bei jedem beliebigen Hofgerichte erwählt ward; in diesem Jahre mußte, da der Fiscus sich vor dem unterrheinischen Hofgerichte nicht einlassen wollte, dieser Gegenstand vom Oberhofgerichte, an welches er durch Berufung kam, entschieden werden.

Amtmann Lederle in Freiburg ward vom großh. Fiscus auf Rückersatz verschiedener Posten, die er als Dienst-Emolumente zur Ungebühr erhoben haben sollte, belangt. Dieser Rechtsstreit endigte sich durch ein oberhofgerichtliches Urtheil vom 28. März 1832., worin dem Fiscus zwei Posten zuerkannt wurden, während er mit den übrigen abgewiesen ward.

Der Sohn und Erbe des Amtmanns Lederle erhob hierauf eine Klage bei dem Hofgerichte des Unterrheins, weil der Fiscus, während dem Laufe des Hauptprozesses, die Pension seines Vaters herabgesetzt hatte, deren Ergänzung vermittelst dieser Klage gefordert ward. Es setzte aber der beklagte Fiscus unter andern die Einrede des mangelnden Gerichtsstandes entgegen, weil der Fiscus auf Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten nur bei dem Hofgerichte des Mittelrheines belangt werden könne. — Es nahm auch wirklich das unterrheinische Hofgericht seine

früher erkannte Ladung zurück, und ſprach aus, daß die Klage beim Mannheimer Hofgerichte nicht ſtatt finde. — Die Entſcheidungsgründe waren: 1) daß nach §. 27. der Proceß-Ordnung die befreiten Gerichtsſtände durch beſondere Geſetze beſtimmt worden; durch die Verordnung vom 8. Juni 1810. lit. c. aber, Anſprüche gegen den Fiſcus, welche aus perſönlicher Verbindlichkeit, und nicht aus dem Beſitze von Liegenſchaften entſpringen, vor das Stadtamt Carlsruhe zum Rechtsaustrage gewieſen ſind, und dieſe Beſtimmung durch Verordnung vom 21. März 1812. sub **Nr. III.** 4. nur in ſo fern einer Aenderung unterworfen iſt, als dadurch dem Fiſcus ein **Privilegium Fori** ertheilt, und das betreffende Hofgericht als zuſtändiges Gericht conſtituirt worden iſt; unter dieſer Bezeichnung aber, nach der im Uebrigen in Kraft bleibenden Verordnung von 1810., bei Klagen aus perſönlichen Verbindlichkeiten, nur das dem Stadtamte Carlsruhe vorgeſetzte Hofgericht zu Raſtatt, in deſſen Gerichtsſprengel das Finanzminiſterium, als oberſter Vertreter des Civilfiſcus, ſeinen Wohnſitz hat, verſtanden werden kann.

2) Daß eine entgegenſtehende Praxis, wonach der Fiſcus in derartigen Klagſachen ſeither auch bei den übrigen Obergerichten des Landes Recht genommen habe, hiergegen nichts verfängt; theils weil eine ſolche Praxis ſchon an ſich nicht bindend iſt, theils aber auch aus jenem Umſtande nicht hervorgeht, ob die Gerichte ſich ſchon als ſolche, oder nicht vielmehr nur wegen ſtillſchweigender Provocation für zuſtändig gehalten haben.

3) Daß daher die vom Beklagten vorgeſchützte Einrede des incompetenten Gerichtsſtandes in dieſer aus einer perſönlichen Verbindlichkeit entſpringenden Klagſache als wohl begründet erſcheint u. ſ. w.

Auf eingewandte Berufung an das Oberhofgericht erkannte dieſes abändernd: „es ſey, unter Verwerfung der

Digitized by Google

„Beklagter Seits als proceßhindernd vorgebrachten Ein„rede der Unzuständigkeit des unterrheinischen Hofgerichts, — „die durch das hofgerichtliche Urtheil wieder aufgehobene „Ladung vom 27. Novemb. v. J. für statthaft zu erklären, „und die Sache zur weitern Verhandlung und Entscheidung „an hiesiges Hofgericht zurückzuweisen.“

Entscheidungsgründe: 1) Nach dem §. 221. der O. G. Ordnung, wonach der landesherrliche Fiscus bei jedem Hofgerichte über die zu dessen Provinz gehörigen Gegenstände Recht zu nehmen hat, stand es, wo nicht der Gegenstand des Processes die Competenz eines bestimmten Hofgerichtes begründet, dem Kläger frei, den Fiscus vor dem nächsten Hofgerichte zu belangen.

2) Durch das Gesetz vom 21. März 1812. ist die durch die Organisation von 1809. aufgehobene Kanzleisässigkeit des großh. Fiscus in persönlichen Klagsachen mit den Worten wieder hergestellt, daß nun das betreffende Hofgericht der zuständige Richter sey.

3) Das Wort „betreffend“ zeigt an, daß nicht ausschließlich ein bestimmtes Hofgericht für alle persönlichen Klagsachen des Fiscus, sondern daß auch für persönliche Klagen jedes der Hofgerichte das zuständige seyn könne; wodurch also ganz dieselben Bestimmungen wieder in das Leben treten, welche die O. G. Ordnung über den Gerichtsstand des Fiscus enthält.

4) Diese Gesetzesauslegung, wie sie nicht nur den Worten des Gesetzes angemessen ist, sondern auch die bisherige constante Praxis für sich hat, rechtfertiget sich noch ferner dadurch, daß die Aufrechthaltung der bisherigen Grundsätze über den Gerichtsstand des Fiscus diesem unnachtheilig sind, indem derselbe bei jedem Hofgerichte einen Anwalt hat, daß es dagegen die Rechtshülfe gegen den Fiscus sehr erschweren würde, wenn man alle persönlichen Klagen gegen denselben ausschließlich an das Hofgericht zu Rastatt verweisen wollte.

5) Durch den §. 8. der Proceßordnung kann nicht erwiesen werden, daß das Rastatter Hofgericht das allgemeine Forum für den großh. Fiscus sey, weil die befreiten Gerichtsstände, nach §. 27. der Proceßordnung, nur nach den besondern Gesetzen, wodurch sie bestimmt worden, zu beurtheilen sind. — Die fragliche Klage gegen den großh. Fiscus konnte daher bei hiesigem Hofgerichte angestellt werden.

Zur näheren Erläuterung dieser Entscheidungsgründe wird es dienlich seyn, einige Stellen aus dem Vortrage des oberhofgerichtlichen Respicienten anzuführen; zumal, da diese Entscheidung in ihren Folgen von einiger Bedeutung seyn könnte.

Er sagte: der Gegenstand der dermaligen Berathung sey die Frage: wie der Abs. **III.** des Gesetzes vom 21. März 1812. wodurch dem Fiscus sein befreiter Gerichtsstand wieder gegeben worden, zu interpretiren sey? Zur Beantwortung derselben ward eine geschichtliche Uebersicht des fiscalischen Gerichtsstandes im Badischen vorausgeschickt. Nach dieser bestand in der alten Markgrafschaft Baden nur ein Hofgericht, vor dem der Markgräfliche Fiscus in allen persönlichen und dinglichen Klagen seinen besondern Gerichtsstand hatte. Nach dem Länderzuwachs im Jahre 1802. ward das Land in drei Provinzen, die Markgrafschaft, Pfalzgrafschaft und das obere Fürstenthum getheilt, in deren jeder ein Hofgericht, resp. der gerichtliche Senat des Hofraths-Collegiums die Gerichtsbarkeit in erster Instanz über die Kanzleisässigen auszuüben hatte; nach dem 1. Organ.-Edict von 1803. S. 9. — In Uebereinstimmung damit setzte der §. 221. der O. G. Ordnung fest: „daher Wir denn unsern „Fiscum nicht allein gleich andern gefreiten privatis, der Ju„risdiction Unserer Hofgerichte und allen deßfallsigen rechtli„chen Dispositionen dieser Gerichte unterwerfen, sondern

„auch — Unſern Hofgerichten freiſtellen, gegen Unſern Fis„cum, über die zu einer jeden Provinz gehörigen Gegen„ſtände, ohne Anfrage bei Uns, Ladung zu erkennen.“ Nach dieſer geſetzlichen Beſtimmung war der landesherrliche Fiscus bei Perſonal- ſo wie bei Realklagen der hofgerichtlichen Gerichtsbarkeit unterworfen.

Bei Perſonalklagen, die auf eine Liegenſchaft Bezug hatten, z. B. bei Klagen aus einem Bauaccord, war durch die Lage des Streitobjects die Competenz des Provinzial-Hofgerichtes beſtimmt; andere Perſonalklagen gegen den Fiscus konnte jeder Kläger bei dem ihm nächſtgelegenen Hofgerichte anbringen, — wie denn Beiſpiele genug beim Oberhofgerichte vorgekommen ſind, wo Staatsdiener und Penſionairs gegen den Fiscus bei demjenigen Hofgerichte Klagen anſtellten, in deſſen Gerichtsſprengel ſie ihren zeitigen Wohnort hatten.

So blieb die Lage der Sache, bis die Organiſation von 1809. die gefreiten Gerichtsſtände, mit wenigen Ausnahmen, aufhob. Die Juſtizminiſterial-Verordnung vom 8. Juni 1810. wies:

„Fiscaliſche Sachen, wenn ſie perſönlich ſind, aus all„gemeinen Regentenpflichten entſpringen, oder aus Verbind„lichkeiten gefolgert werden, die nicht aus dem Beſitze von „Realrechten entſpringen“ dem Stadtamte Carlsruhe zu.

Allein ſelbſt durch dieſe Verordnung wurden nicht alle perſönliche Klagen gegen den Fiscus an das Stadtamt Carlsruhe gewieſen; es iſt aber die dort gemachte Ausnahme nicht ganz ſchulgerecht ausgedrückt. — Unter perſönlichen Klagen, die aus dem Beſitze von Realrechten entſpringen, können unmöglich die **actiones personales in rem scriptæ** des römiſchen Rechtes verſtanden ſeyn, da ſie das Badiſche damals ſchon geltende Landrecht nicht kannte; ſondern man kann darunter nur ſolche perſönliche Klagen verſtehen, die mit dem Beſitze von Liegenſchaften verbunden ſind. Denn

dem Interesse beider streitenden Theile konnte es unmöglich angemessen seyn, wenn z. B. die eines Bauunternehmers eines öffentlichen Gebäudes zu Wertheim, an das Stadtamt Carlsruhe hätte verwiesen werden wollen.

Noch vor Ablauf von weitern zwei Jahren wurde jedoch, mit einigen Ausnahmen, durch das Gesetz vom 21. März 1812. die Kanzleisässigkeit wieder hergestellt. Dieses Gesetz verordnet im Absatz III:

„um die Staatsverhältnisse der Person des Beklagten „willen, gelangt eine Sache alsbald im ersten Rechtszuge an „das betreffende Hofgericht, wo 4., der Staat oder „Staatsbeutel, die allgemeinen Kirchen-Cassen, oder allge„meinen Landesanstalten — der beklagte Theil ist."

Nach der bisherigen constanten Praxis des Oberhofgerichts, hielt man durch dieses Gesetz das vor der Verordnung von 1810. bestandene Verhältniß über den Gerichtsstand des großh. Fiscus, rücksichtlich persönlicher Klagen wieder für hergestellt. Und diese Praxis sollte — nach des Respicienten Ansicht — auf einem guten Grunde beruhen. Nach dem Gesetz vom 20. März 1812. seyen nämlich die frühern Verhältnisse für den Gerichtsstand des Fiscus wieder eingetreten, wie sie vor 1810. bestanden hätten. Die Worte des §. 3. aber: Das betreffende Hofgericht, bestätigten diese Ansicht, statt sie, nach der Meinung des Unterrichters, zu widerlegen. Es wäre nämlich in dieser Stelle blos von persönlichen Klagen gegen den Fiscus die Rede, und das Wort „betreffende" zeige an, daß jedes der vier Hofgerichte das zuständige seyn könne. Wäre nur das Rastatter Hofgericht allein zuständig, so hätte es bestimmt, als allein zuständig, im Gesetze benannt werden müssen.

Ueberdem ward in dem erwähnten Vortrage bemerkt: als **Forum domicilii** des Fiscus könne das Hofgericht des Mittelrheines nicht angesehen werden, denn der Staat sey

überall im ganzen Großherzogthume zu Hause, und nicht in Karlsruhe allein. — Ein Anderes sey auch aus dem §. 8. der neuen Proceßordnung, auf welchen sich der Fiscal-Anwalt berufe, nicht abzuleiten, denn dieser wäre auf die befreiten Gerichtsstände nicht anwendbar, rücksichtlich welcher es nach §. 27. der Proceßordnung lediglich bei den alten Gesetzen belassen worden. —

Bemerkung. In dem nämlichen Rechtsstreite war auch noch die weitere proceßhindernde Einrede vorgebracht worden, daß der Kläger eine Enthörung von Seiten des Fiscus nicht nachgewiesen habe. Es fragte sich daher: ob dieses ältere fiscalische Privilegium noch unter der Herrschaft des neuen Proceßrechts fortdaure? Das Hofgericht hatte die Frage verneint und die Einrede verworfen, weil eine solche Bescheinigung der Enthörung durch die Proceßordnung nirgends, sondern nur durch die §§. 9. und 221. der O. G. Ordnung vorgeschrieben sey, diese Bestimmung aber nicht mehr maaßgebend seyn könne, weil die Proceßordnung, als Complex des gesammten nun geltenden Proceßrechts, und sohin die Obergerichtsordnung in toto abrogirt angesehen werden müsse, daher einzelne Bestimmungen der erstern nicht zur Auslegung der letztern herüber gezogen werden dürften.

Weil ferner die im L. R. Satz 6. c. aufgestellte Interpretationsregel Obigem nicht entgegen stehe, indem dadurch, daß jenes dem Fiscus früher zugestandene Privilegium in der Prozeßordnung nicht aufgenommen, vielmehr durch §. 4., ohne davon Erwähnung zu thun, verordnet worden ist, daß der Fiscus in allen aus privatrechtlichen Verhältnissen entspringenden Streitigkeiten vor den Landesgerichten Recht nimmt, die Ansicht des Gesetzgebers genugsam ausgesprochen sey, daß ihm jenes Privilegium fernerhin nicht zukomme.

Es fand diese hofgerichtliche Ansicht in der zweiten Instanz, in welcher der Fiscal-Anwalt durch Anschließung diese Einrede wiederholt vorbrachte, so allgemeinen Beifall, daß man sich in den mit dem oberhofgerichtlichen Urtheile publizirten Entscheidungsgründen, lediglich auf die hofgerichtlichen bezog.

Berechtigung der Grundherrn zur Entlassung ihrer Administrativ- und Cameral-Beamten aus ihren Diensten.

(Graf von Helmstädt gegen Förster Semer.)

In Folge mehrerer Differenzien zwischen dem Grundherrn und seinem Förster, und nachdem ersterer, seiner Behauptung nach, dem letztern schon früher den Dienst gekündigt hatte, zeigte derselbe dessen Entlassung im Jahre 1830 dem betreffenden Amte an, und bat: den S. davon in Kenntniß zu setzen, und ihm aufzugeben, binnen 14 Tagen die Dienstwohnung und Güter zu räumen.

Daraus entstand ein Rechtsstreit, der bis in die dritte Instanz fortgesetzt ward, indem der Beklagte (jene Eingabe war als Klage angenommen) behauptete, daß er zu den unaufkündbaren Dienern gehöre, welches der Hr. Graf jedoch in Abrede stellte, und daneben behauptete, daß auf jeden Fall der Förster durch Dienstvergehen die Entfernung vom Dienste verschuldet habe.

Es kamen solchemnach bei Entscheidung dieser Sache zwei Fragen in Betracht: a. ob der Grundherr in jedem Falle und ohne Rücksicht auf die angeblichen Dienstfehler und Dienstvergehen des Försters befugt sey, denselben vom Dienst und Gehalte zu entfernen? b. Ob derselbe dazu wegen der dem Beklagten angeschuldigten Dienstvergehen berechtigt gewesen sey?

Bei der erſten Frage ward, zufolge der Ausführung des Reſpicienten, angenommen, daß der Hr. Kläger durch keine Vertrags-Verbindlichkeit gehindert ſey, den Beklagten von ſeinem Dienſte zu entfernen. Es mußte daher weiter geprüft werden: ob der Hr. Graf durch die Natur des zwiſchen ihm und S. beſtandenen Dienſtverhältniſſes, oder durch poſitive Geſetze an der Aufkündigung des Dienſtes gehindert war.

Bei der Beantwortung dieſer Frage ging man davon aus, daß S. unter dem Beſtande der deutſchen Reichsverfaſſung von dem damals regierenden Hrn. von Helmſtädt als Förſter angeſtellt worden ſey. — Daß es nun Bedienſtete und Beamte ſelbſt der kleinern Reichsſtände und Reichsglieder gab, denen die Rechte und Vorzüge wirklicher Staatsdiener zukamen, leidet keinen Zweifel. — Ob aber reichsſtändige Beamte dieſer Claſſe, ſo wie Staatsbeamte überhaupt, beim Mangel eines maaßgebenden Dienſtvertrages oder Geſetzes, ſchon Kraft ihrer Anſtellung auf lebenslängliche Dauer des Dienſtes Anſpruch hatten, und nicht ſchlechtweg entlaſſen werden konnten? — dieſes iſt eine Frage, welche, ungeachtet des Vielen, was darüber geſchrieben worden, der Theorie nach bis zum heutigen Tage noch unentſchieden iſt. Nur ſo viel iſt richtig, daß reichsſtändige Diener, vorzugsweiſe Juſtizbeamte, auch eigentliche Adminiſtrativ- und Cameral-Beamte, gegen willkührliche Entlaſſungen bei den höchſten Reichsgerichten Schutz fanden.

Wenn man nun gleich nicht behaupten könne, daß Förſter S. zu dem bloßen Lohngeſinde oder den Dienſtboten gehört habe, wogegen die Beſchaffenheit ſeines Dienſtes und ſein nicht unbedeutender Gehalt ſpreche, ſo bleibe doch dieſer Rechtsſtand, in Beziehung auf lebenslängliche Anſtellung oder Unentlaßbarkeit, wenigſtens ſehr ungewiß.

Dagegen fand man die beſtehenden Geſetze und Verordnungen durchaus ungünſtig für den Beklagten. — Die be-

kannte Staatsministerial-Verordnung vom 15. März 1827 erkläre wörtlich: „daß der Dienst eines Revierförsters zu den „Civil-Staatsdiensten weder bisher gehört habe, noch ge„höre.“ — Man wollte keinen Grund finden, für die Standes- und Grundherrlichen Beamten eine Ausnahme zu machen. — Eine gleiche Bestimmung fand man in dem Vertrage vom 22. April 1824., welcher zum Vollzug des Art. 14. der deutschen Bundes-Acte errichtet ward, und deren §. 17. besagt:

„Die Grundherrlichen Förster sind eben so wenig, als „die Rentbeamten,“ für Staatsdiener anzusehen, daher auch „die Diener-Pragmatik auf sie keine Anwendung findet.“

Beide Verordnungen wollten jedoch vom Beklagten in ihrer Gesetzeskraft um deßwillen bestritten werden, weil Beiden die Verfassungsmäßige Sanction fehle.

Ohne weiter in diese Frage einzugehen, glaubte man annehmen zu können, daß sie nichts weiter als eine bestimmte Declaration dessen enthalte, was schon früher grundgesetzlich bestand. — Es wurden deßhalb angeführt: das **III.** Constitutions-Edict vom 22. Juli 1807. §. 51. — das **IV.** Const. Edict §. 14. und das Edict vom 23. April 1818., die Rechtsverhältnisse der vormaligen Reichsstände und Reichs-Angehörigen betreffend, — welches letztere als ein Theil der Landesverfassung erklärt war, aber durch spätere Conventionen mit den Standes- und Grundherrn, und hinsichtlich der letztern namentlich durch Vertrag abgeändert wurde in den §. §. 33. und 40.

Mit dem Satze: daß Revierförster keine Staatsdiener seyen, sohin keine lebenslängliche Anstellung anzusprechen hätten, wäre freilich noch nicht gesagt, daß dergleichen Diener nach reiner Willkühr, und ohne alle Verbindlichkeit zu irgend einem Ersatz, einer Pension u. s. w. sollten entlassen werden können. Im vorliegenden Falle würde aber dieser Anstand durch eine Dienst-Instruction von 1802., worin

eine vierteljährige Dienstaufkündigung vorbehalten seyn sollte, gehoben seyn, wenn sie vorher noch im Originale beigebracht würde.

Man hielt indessen solche Production nicht für nöthig, in so fern die zweite Frage: ob der Hr. Graf durch das Vergehen des Gegners das Recht erlangt habe, denselben ohne weiters von dem Försterdienste zu entlassen? — zu Gunsten des Klägers beantwortet werden sollte.

Dabei ist voraus zu bemerken, daß, als S. im Jahre 1829. in Untersuchung wegen Dienstuntreue gekommen war, das Hofgericht den Antrag an den höchsten Gerichtshof am 6. April 1830. stellte: „daß S. der Veruntreuung von Holz„geldern, der Verletzung seiner Dienstpflicht, so wie des Bruchs „seines Diensteides schuldig zu erklären, und deßhalb zu „einer dreimonatlichen Arbeitshausstrafe zu verurtheilen, „auch seines Dienstes und der Ehre zu entsetzen sey."

Das Oberhofgericht aber erkannte: „daß in vorliegender „Untersuchungssache kein Grund zu einem richterlichen Er„kenntnisse vorhanden sey, die Bestrafung der dem Ange„schuldigten etwa zur Last fallenden Veruntreuung aber — „in Gemäßheit des Art. 83. der Erläuterungen zum Straf„Edicte, der polizeilichen Behörde zu überlassen sey."

Die Mehrheit unterstellte dabei das Verbrechen der Rechnersuntreue, fand aber, daß der veruntreute Betrag die Summe von 50 fl. nicht erreiche, wollte auch einen Gelübdebruch nicht unterstellen, wegen Mangels der Eidespräparation, und glaubte endlich den Art. 90. des Strafedicts, mit Rücksicht auf dessen Erläuterungen §. 38. anwenden zu müssen. — Das Amt Neckarbischoffsheim erkannte darauf im polizeilichen Wege, den Förster S. der im Dienste sich erlaubten Unterschlagung von verschiedenen Hölzern für schuldig, im Werthe von 45 fl. 20 kr., und verurtheilte ihn zum Ersatz dieses Werthes, jedoch nur mit 29 fl. und zu einer 14 tägigen polizeilichen Gefängnißstrafe.

Es fragte sich nun, ob dieser Vorgang, wie der Hr. Graf behauptete, einen Grund zur Entfernung des Försters von seinem Dienste abgeben konnte?

Das Amt N. hatte, als es den S. der Unterschlagung für schuldig erkannte, statt der Rechnersuntreue, offenbar auf den §. 83. der Erläuterungen, auf welche das oberhofgerichtliche Urtheil hinwies, keine Rücksicht genommen, da es für das Verbrechen der Unterschlagung, welches in **substrato** nach den Art. 81. und 82. in Verbindung mit den Art. 40. und 41. Straf-Edicts, eine weit größere Strafe hätte zur Folge haben müssen, gar nicht competent gewesen seyn würde. — Vorausgesetzt also das Verbrechen der Rechnersuntreue, so mußte auf den §. 83. der Erläuterungen, in Bezug auf §. 90. des Straf-Edicts zurückgegangen werden.

Man fand nun zwar die Worte der gedachten Erläuterung: „über einen ersten — unter 50 fl. gebliebenen Casseneingriff „eines Rechners ist deßwegen in dem Strafedicte nichts be„stimmt, weil dieser nur noch unter dienstpolizeiliche Ver„gehen gehört, die nicht gerichtlich zu betreiben, sondern, „nach Ermessen der Polizeibehörde, durch Polizeistrafe oder „Dienstaufkündigung zu ahnden sind," nicht ganz klar; denn darnach scheine es, daß die gewöhnliche Polizeibehörde nach ihrem Ermessen, vielleicht gegen den Wunsch und Willen des Dienstherrn, den Dienst aufkündigen könne. — Man glaubte jedoch, diese Erläuterung so verstehen zu müssen, daß es in einem solchen Falle von der dienstpolizeilichen Behörde abhänge, dem, einer Veruntreuung schuldigen Rechner entweder den Dienst aufzukündigen, oder dessen Vergehen Dienstpolizeilich zu rügen, so weit sie eine Strafgewalt habe, andernfalls aber die Rüge der einschlägigen Polizeistelle zu überlassen.

Diese Auslegung fand man übereinstimmend mit der Verordnung vom 21. April 1806. und mit der Dienerpragmatik von 1819. im §. 16.

Man erwog ferner, daß Förster S. zwar in allem, was zur obersten Forst- und Jagd-Polizei des Staates gehöre, unter der Landesherrlichen Forstbehörde stehe, hingegen als grundherrlicher Förster von der Grundherrschaft angestellt und besoldet gewesen, um für die Verwaltung des grundherrlichen Waldeigenthumes und der Jagden, und zwar nicht blos in technischer, sondern auch in finanzieller Hinsicht zu sorgen. Er sey daher in Allem, was die Pflichttreue gegen seine Dienstherrschaft, in Bezug auf das ihm anvertraute Eigenthum betroffen habe, derselben verantwortlich, und diese seine Dienstpolizei-Behörde gewesen. Durch die Rechnersuntreue, deren er schuldig erkannt worden, habe er die Diensttreue gegen seine Herrschaft verletzt, und das Amt hätte sein Urtheil, vor seiner Verkündung und Vollzug, dem Herrn Grafen mittheilen sollen, um, wenn er wolle, von dem ihm gesetzlich zustehenden Rechte der Dienstentlassung Gebrauch zu machen.

Diese Betrachtungen hatten zur Folge, daß die vorinstanzlichen Urtheile, welche beide den Hrn. Grafen für befugt zur Aufkündigung seines Försters erklärt hatten, vom Oberhofgerichte lediglich bestätigt wurden.

In den Entscheidungsgründen wurden jene oben vorgekommenen Sätze dahin zusammengefaßt:

Der Beklagte Oberappellant hat nach der Verordnung vom 15. März 1827. und nach dem Edicte vom 22. April 1824., die staatsrechtlichen Verhältnisse des ehemaligen unmittelbaren Reichsadels betreffend, — mit Rücksicht auf das **III.** Constitutions-Edict vom 22. Juli 1807. §. 51, sodann in Vergleichung mit dem **IV.** Constitut.-Edicte vom nämlichen Jahre und Tage, Staatsdienerrechte nicht anzusprechen, folglich auch nicht das Recht der Unwiderruflichkeit des ihm verliehenen herrschaftlichen Försterdienstes.

2) Derselbe vermag auch solche Rechte nicht durch einen Dienstvertrag zu begründen.

3) Dagegen steht dem H. Kläger, in Folge der gegen den Oberappellanten im Jahre 1829. statt gehabten Untersuchung wegen Dienstvergehen und der hierauf ergangenen richterlichen Erkenntnisse, namentlich jenes des Amtes Neckarbischoffsheim vom 26. Juli 1830., welches ihn der Unterschlagung (sollte heißen Rechnersuntreue) schuldig erkannte, in Betracht des §. 83. der Erläuterungen vom Jahre 1812. zum §. 90. des Straf-Edicts und der Verordnung vom 21. April 1806 jedenfalls das Recht zu, denselben aus seinen Diensten zu entlassen.

Zwei Entscheidungen des Oberhofgerichts über eine zweifelhafte richterliche Competenz, nach §. 51. und 75. der neuen Proceßordnung.

I.

(Prästinari gegen Strafflinger.)

Pfarrer und Dekan Strafflinger, zu Philippsburg, welcher im Jahr 1832. starb, hatte seinen Halbbruder zum Haupterben eingesetzt. Dieser verlangte am 30. Januar d. J. in den Besitz und die Gewähr der Verlassenschaft gesetzt zu werden, welches das Amt Philippsburg auch zuließ.

Allein schon früher, nämlich am 19. Jänner, war die gewesene Haushälterin des Dekans, Franziska Prästinari, mit einer Forderung für rückständigen Liedlohn beim Amte aufgetreten, und wirkte einen Befehl an den Masse-Curator aus, die eingeklagte Summe an den Haupterben nicht verabfolgen zu lassen. — Als die Verhandlungen so weit gediehen waren, bekam das Amt Zweifel über seine Competenz, und verwies die Sache auf den Grund des §. 69.

der Gesindeordnung von 1809. an den Bürgermeister zu Philippsburg. — Dieser leitete auch wirklich Verhandlungen ein, der Haupterbe, Strafflinger protestirte aber gegen seine Einlassung vor dem Bürgermeister-Amte, und behauptete, daß das Oberamt Bruchsal, wo er seinen Wohnort habe, allein seine zuständige Behörde sey.

Dadurch bewogen, legte das Amt Philippsburg, in Gemäßheit des §. 51. der Proceßordnung, die Sache dem Oberhofgerichte zur Entscheidung darüber vor: ob sie vor das **Forum** des Bürgermeister-Amtes Philippsburg, oder, als Erbschaftsklage, vor das dortige Bezirksamt, oder vor das **Forum domicilii** des Beklagten, das Oberamt Bruchsal gehöre?

Das Oberhofgericht erklärte sich für die Competenz des Amtes Philippsburg, in Erwägung: 1) daß nach dem §. 17. der Proceßordnung, die Klage des Erbschaftsgläubigers vor dem Gerichte angebracht werden könne, bei welchem der Erblasser seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, vorausgesetzt, daß sie vor Beendigung der Theilung erhoben worden. 2) Daß Dekan S. seinen allgemeinen Gerichtsstand vor dem Amte Philippsburg hatte. 3) daß seine Verlassenschaft dem Beklagten erst durch amtliche Verfügung vom 30. Jänner 1833. ausgefolgt, die Klage der Franz. Prästinari aber schon den 19. desselben Monats bei dem Amte Philippsburg angestellt wurde. 4) Daß die Bekanntmachung der Klage an den Beklagten den 23. Jänner d. J. durch das Amt Philippsburg geschehen, und damit, nach §. 44. der Proceßordnung bewirkt worden sey, daß dessen Gerichtsbarkeit in erster Instanz für diese Sache bis zur Beendigung des Prozesses fortdauert *).

---

*) Ein weiterer, vom Respicienten vorgeschlagener Entscheidungsgrund: daß die Haushälterin eines Pfarrers nicht unter die nach der Gesindeordnung zu beurtheilenden Dienstboten

Zur Unterstützung dieser Entscheidungsgründe ward bei der Berathung ausgeführt: a. Obwohl in diesem Falle ein eigentlicher Streit unter mehreren Gerichten über ihre Zuständigkeit nicht vorliege, so habe doch das Oberhofgericht den zuständigen Richter zu bestimmen, da die verschiedenen Stellen nicht unter den Gerichtssprengel des nämlichen Hofgerichts gehörten. — Der §. 69. der Gesindeordnung, wodurch Streitigkeiten in Dienstbotensachen dem Magistrate in den Städten zugewiesen wurden, sey durch die §§. 1. und 7. der Proceßordnung nicht aufgehoben. Denn wenn gleich ein Proceß über den Lohn aus einem Dienst-Verding ein bürgerlicher Rechtsstreit sey, und wenn gleich der §. 7. der Proceßordnung die Untergerichte des Wohnsitzes des Beklagten für den allgemeinen Gerichtsstand erster Instanz in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erkläre, so halte doch der §. 27. der Proceßordnung die durch besondere Gesetze bestimmten befreiten Gerichtsstände aufrecht, wohin auch die den Ortsgerichten durch den §. 69. der Gesindeordnung verliehene Gerichtsbarkeit gehöre?

Allein in diesem Falle wäre doch nicht das Bürgermeister-Amt der zuständige Richter erster Instanz, sondern das Amt P. Denn das **Forum domicilii** des Erblassers sey nach §. 17. der Proceßordnung der allgemeine Gerichtsstand, vor welchem alle Klagen der Erbschaftsgläubiger angebracht werden könnten, und welcher Gerichtsstand daher selbst in Dienstbotensachen mit dem befreiten Gerichtsstande des §. 69. der Gesindeordnung concurriren würde.

Die Klage wäre früher beim Amte P. erhoben, als der Testamentserbe in den Besitz der Erbschaft gesetzt sey, und es träte daher der §. 44. der Proceßordnung ein, nach

---

gerechnet werden könne, — fand bei der Berathung vielen Anstand, daher man sich dahin vereinigte, ihn ganz wegzulassen.

welchem, wenn ein Gericht sich ausdrücklich oder stillschweigend für competent erklärt habe, diese Gerichtsbarkeit in erster Instanz bis zur Beendigung der Sache fortdaure. Die demnächstige Ausantwortung der Verlassenschaft habe aber nur die Folge, daß die Klagen der Erbschaftsgläubiger von diesem Zeitpunkte an bei dem allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten, dem Oberamte Bruchsal, angebracht werden müßten, keineswegs aber, daß deßhalb die bereits bei dem Amte Philippsburg anhängig gemachte Klage der Haushälterin dahin gezogen werden könnte.

II.

(Forderung der General-Einstands-Gelder-Casse an den General-Lieutenant von N.)

Gegen den Letzteren war auf Veranlassung mehrerer Gläubiger ein Gagenabzug verhängt, welcher pro rata unter die Creditoren vertheilt ward. Die obengenannte Casse hatte sich im vertragsmäßigen Besitze eines besondern Abzuges für eine Kapitalforderung befunden; es sollte entschieden werden, ob, nachdem General-Lieutenant von N. in Pension gesetzt worden war, dieser Abzug neben dem gesetzlichen bestehen solle oder nicht?

Das O.-Kriegsgericht, vor welches diese Entscheidung gehört hätte, fand Bedenken darin vorzuschreiten, weil die Majorität dieser Gerichtsbehörde, nämlich zwei Mitglieder, welche Theil an der Beaufsichtigung der Einstandsgelder-Casse hätten, und wovon das eine zugleich Mitglied der Verwaltungs-Commission für jene Casse sey, leicht in Collision zwischen dieser Administration und dem Richteramte kommen könnten. In Gemäßheit des §. 72. und 75. der Proceßordnung schickte das großh. Oberkriegsgericht die Sache an das Oberhofgericht ein, um den Gerichtshof zu ernennen, dem sie zu übertragen sey.

Es ward nun zwar vom Oberhofgerichte die Entscheidung dem Rastatter Hofgerichte übertragen, welches aber dagegen remonstrirte: a. weil, wenn man die Einstandscasse als einen Theil des großh. Fiscus ansehen wolle, sie ihren ordentlichen Gerichtsstand bei dem Hofgerichte des Mittelrheins habe, und es keiner Ablehnung des Oberkriegsgerichts bedürfe. Betrachte man aber diese Casse als eine zu Privatzwecken bestimmte, so wäre sie dem ordentlichen militärischen Gerichtsstande ihres Wohnsitzes, der Stadt-Commandantschaft Carlsruhe unterworfen. b. Angenommen aber auch, das Oberkriegsgericht sey in einem begonnenen Rechtsstreite der zuständige Richter gewesen, so wären doch die beiden genannten Mitglieder des Oberkriegsgerichts bei der Sache für ihre Personen und mit ihrem Vermögen nicht betheiligt, der §. 58. der Proceßordnung unterstelle aber offenbar eine privative persönliche Betheiligung. Höchstens könne man sie für befangen ansehen, und für diesen Fall müsse das Verfahren der §§. 63. — 65. der Pr.-Ordnung eintreten. c. Die Mehrzahl der Mitglieder des Oberkriegscollegiums sey nicht verbeten oder unfähig, da dasselbe aus 4 Personen bestehe, mithin träte nach §. 72. Nr. 2. hier nicht der Fall ein, wo das Oberhofgericht zu entscheiden habe. — Endlich d. sollten die Entscheidungen über alle und jede Ablehnung eines Richters und die Ernennung eines neuen, nach den §§. 73. 75. der Proceßordnung von dem im vollen Rathe versammelten Gerichtshofe ausgehen, wogegen der Erlaß des Oberhofgerichts vom 2. Senate ergangen sey.

Dieser Erlaß des Hofgerichts ward dem Oberkriegsgericht zum erläuternden Berichte mitgetheilt, und als dieser eingekommen war, erging der weitere Beschluß an das Rastatter Hofgericht dahin:

„Daß bei der von dem oberhofgerichtlichen Plenum anerkannten Erheblichkeit hauptsächlich des vom Oberkriegsge-

„richte vorgetragenen Grundes der Unfähigkeit deſſelben, „entſcheidend als Richter auftreten zu können, großh. Hof„gericht des Mittelrheins nunmehr beauftragt werde, für „die Verhandlung und Entſcheidung der Sache beſorgt zu „ſeyn.“

Bemerk. Es iſt dieſes der Fall, deſſen die Annalen der Großh. Badiſchen Gerichte Nr. 29. S. 379. gedenken. Der 2. Senat hatte anfangs ſeine Competenz behauptet, weil nach den §§. 1. und 2. der Verordnung vom 27. April v. J. es in bürgerlichen Rechtsſachen, die nach der neuen Proceßordnung zu entſcheiden ſeyen, keine Plenar-Sitzungen bei dem oberſten Gerichtshofe mehr gäbe, ſondern zu dem vollen Rathe nur die 7 Stimmführer des einen oder des andern Senats erforderlich wären.

Bei den wichtigen Gründen, welche der entgegengeſetzten Auslegung des geſetzlichen Ausdruckes: „voller Rath“ zur Seite ſtanden, kam dieſer Gegenſtand noch einmal in der Plenar-Verſammlung zur Sprache, wo dann durch Stimmenmehrheit die Plenarcompetenz in den Fällen der §§. 51. und 75. der Proceßordnung angenommen ward. So daß auch die Entſcheidung des Falles Nr. I. vom pleno ausging.

II.

Entscheidungen unter der Herrschaft des ältern Proceßverfahrens.

Digitized by Google

Förmlichkeiten und Fristen bei dem Ehescheidungsverfahren auf wechselseitige Einwilligung.

(Uhrmacher K. gegen seine Ehefrau.)

Die genannten Eheleute hatten unter wechselseitiger Einwilligung um Scheidung nachgesucht; nach geschlossenem Verfahren erkannte das Hofgericht am See:

„daß die nachgesuchte Ehescheidung wegen Unterlassung „der vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht statt finde, jedoch „bleibe den Eheleuten die Einleitung eines neuen Verfahrens „vorbehalten."

Als nun diese Sache durch Recurs an das Oberhofgericht kam, wurden dort die einzelnen Förmlichkeiten, deren Versäumniß die abweisende hofgerichtliche Verfügung zur Folge gehabt hatte, einzeln geprüft.

1) der erste Entscheidungsgrund war daraus hergenommen, daß gegen die Vorschrift des L. R. Satzes 279. die Verzeichnung und Abschätzung des ganzen liegenschaftlichen und fahrenden Vermögens der Eheleute unterblieben sey.

Die Eheleute erinnerten dagegen, daß es ihnen nach eben diesem Satze frei gestanden hätte, sich über ihr Vermögen zu vergleichen, welches auch geschehen sey. Uebrigens legten sie nachträglich ein Verzeichniß ihres Vermögens vor, welches sie im Wege der Güte hatten errichten lassen.

Das Oberhofgericht hielt zwar den Grund, daß die Eheleute sich über ihr Vermögen früher verglichen hätten,

nicht für genügend der Vorschrift des Satzes 279., weil derselbe einen solchen Vergleich, ohne vorhergegangene Inventarisation, nicht für hinreichend erkläre, vielmehr voraussetze, daß diese vorausgehen müsse, wo dann über andere Gegenstände und persönliche Verhältnisse, einen Vergleich einzugehen, den Ehegatten erlaubt sey. Weil ferner diese Inventarisation ein unbedingtes Erforderniß zur Ehescheidung sey, so daß der Weg der Scheidung nicht früher eingeschlagen werden könne, als bis die Hindernisse, welche der Inventarisation und Abschätzung des Vermögens entgegenstehen könnten, beseitigt, und in beider Hinsicht den Erfordernissen des Gesetzes Genüge geleistet wäre.

Dennoch glaubte man, daß durch die nachgebrachte Abschätzung des verzeichneten Vermögens um so mehr dem Willen des Gesetzes genügt sey, als der Unterrichter die Eheleute nicht auf diesen ihren Irrthum aufmerksam gemacht hatte.

2) Ein weiterer Entscheidungsgrund war daraus hergenommen, daß, gegen die Vorschrift des k. R. Satzes 285. die Erklärung der Mutter des Ehemannes nicht vom Amtsrevisorate, sondern blos vom Bürgermeister und Gerichtsschreiber zu D. beurkundet worden.

Die Eheleute trugen vor, daß, weil in dem angerufenen Gesetze nur von einer öffentlichen Urkunde die Rede sey, sie geglaubt hätten, daß die Beurkundung des Bürgermeisters und Rathschreibers, als zweier in öffentlichen Diensten stehenden und verpflichteten Personen, genüge. Sie wollten aber diesen Mangel durch eine angeschlossene Notariatsurkunde ergänzen.

Man nahm, so viel diese fehlende Förmlichkeit betraf, an, daß sich aus der Verbindung der drei k. R. Sätze 283. Nr. 3., 284. und 285. deutlich ergäbe, wie die Erklärung der Eltern und Vorältern in einer öffentlichen Urkunde geschehen müsse; denn wenn gleich der Satz 283. die-

ses Erfordernisses nicht gedenke, so spreche doch solches der Satz 284. deutlich aus, wie auch in dem französischen Grundterte des Satzes 283. öffentliche Urkunden zu der Einwilligung der Ascendenten erfordert werden.

Dann erwog man ferner, daß es der Natur dieses Institutes angemessen sey, die vorausgehenden Formalitäten in der Gestalt öffentlicher aussergerichtlicher Geschäfte erscheinen zu lassen, bei welchen dem Gerichte die wohlthätige Rolle eines Vermittlers zugetheilt sey. — Aus diesem Gesichtspunkte müsse man es erklären, warum der Hergang der Sache durch ein Notariats-Instrument, und nicht durch einen Act der Gerichtskanzley beurkundet werden solle. Ueberzeugten sich nämlich die Ehegatten während dem Jahre, dessen Ablauf mit den Formalitäten ausgefüllt wird, von der Unzweckmäßigkeit und Verkehrtheit der Schritte, die sie unternommen hätten, so dürften sie alsdann nicht fürchten, daß in den gerichtlichen Registraturen ein Zeugniß ihrer Verirrungen zurückbleiben werde; nur in solchen Reposituren würde es zu finden seyn, worin ohnehin die Papiere ruhten, welche sich auf die häuslichen und Familien-Angelegenheiten der Eheleute bezögen, wo sie sich dann auf die Discretion der Aufbewahrer verlassen könnten. — Dieses ward als der Grund des Gesetzes angenommen, weshalb die frühern Urkunden durch Notarien, im Badischen durch autorisirte Amtsrevisorate, gefertigt werden müßten.

Uebrigens aber hielt man im vorliegenden Falle diesem Mangel durch das zu den Acten gebrachte Notariats-Instrument für abgeholfen.

3) Einen dritten Grund zur Zurückweisung der Ehescheidungs-Klage hatte das Hofgericht darin gefunden, daß die im L. R. Satz 285. vorgeschriebenen Fristen nicht eingehalten worden.

Die Eheleute erinnerten dagegen, daß wenn wirklich in Beobachtung der Fristen gefehlt seyn sollte, so könnte es

doch bei dem beharrlich erklärten Willen der Ehetrennung, nicht in dem Sinne des Gesetzes liegen, ihre Ehescheidung auf ein weiteres Jahr hinauszusetzen, und sie in unverhältnißmäßige Kosten zu bringen. Sie beriefen sich auf den 3. Band der oberhofger. Jahrbücher Seite 195.

Darüber ward bemerkt: nach L. R. Satz 285. solle die von den Eheleuten abzugebende förmliche Erklärung ihres Entschlusses, dreimal, binnen den ersten 14 Tagen des 4., 7. und 10. Monats, von der ersten Erklärung an zu rechnen, von ihnen wiederholt werden. — Die Absicht dieser allerdings lästigen Formalität sey keine andere, als die, den ernstlichen Willen der Eheleute zu prüfen, den Mißbrauch, welchen eine plötzlich aufgeregte Laune mit diesem Institute treiben könnte, zu entfernen, und eine sichere Garantie dafür zu geben, daß die Ehegatten die Scheidung nicht blos weil sie solche wollten, sondern aus wahrhaften, die Fortdauer der ehelichen Verhältnisse unmöglich machenden Gründen, verfolgten.

Daher könne es nicht bezweifelt werden, daß die gesetzlich bestimmten Termine in der Regel genau eingehalten werden müßten, und daß ihrer Verabsäumung nur durch ein wiederholtes Scheidungsverfahren abgeholfen werden könne. So ward sich auf ein Urtheil des Cassationshofes in der **Jurisprud. du C. N. T. 16. p. 54.** bezogen, welches ein Erkenntniß des Lüttich er Appellationshofes um deßwillen cassirte, weil es die Wiederholung der Erklärung der Ehegatten noch im 11. Monat für zulässig erklärte.

Indessen erachtete man, daß es in den deutschen Gerichten, hinsichtlich des Einhaltens jener Termine, nicht mit solcher unerbittlichen Strenge zu nehmen sey, daß nicht Versäumnisse von kürzerer Zeit sollten nachgesehen werden. — Man bezog sich darauf, daß der höchste Gerichtshof, nach der angeführten Stelle seiner Jahrbücher, sich in einem gleichen Falle für die mildere Ansicht erklärt habe.

Bei dieser Ansicht des Collegii fragte es sich endlich: ob das Oberhofgericht jetzt gleich definitiv erkennen könne, oder aber vorerst die Acten, nebst den in der Appellations-Instanz beigebrachten neuen Urkunden zur nochmaligen Prüfung und Entscheidung an das Hofgericht zurücksenden müsse? Man schlug den erstern Weg ein, da diese Urkunden dem Hofgerichte schon, zugleich mit der Recursschrift und dem alternativen Gesuche, entweder die Ehescheidung zuzulassen, oder die Acten im Wege der Berufung an die höchste Stelle einzusenden, vorgelegt, von diesem aber die letztere Alternative gewählt worden. Auch bezog man sich auf ein gleiches früher beobachtetes Verfahren nach den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern Band 3. Nr. 3. S. 20.

Es ward demzufolge die Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung, nach dem hergebrachten Formular ausgesprochen.

Bemerkung. Den Umstand bei Seite gesetzt, daß der Gerichtshof im concreten Falle seine Entscheidung größtentheils darauf baute, daß die fehlenden Bescheinigungen und Urkunden nachgebracht waren, sprach er sich über folgende Grundsätze aus:

a. eine Abschätzung und Inventarisation des Vermögens der Ehegatten müsse vor eingeleitetem Ehescheidungsverfahren erfolgt seyn, ein Vergleich über das Vermögen könne dies Erforderniß nicht ersetzen. b. die Erklärung der Eltern und Voreltern, daß sie in die Scheidung willigten, müsse vor einem Notar oder Amtsrevisor erhoben werden; die Beurkundung eines andern öffentlichen Beamten sey dazu nicht hinreichend. c. die Fristen des L. R. Satzes 285. wären zwar streng zu beobachten, indessen dürfe das Gericht über einige geringe Versäumnisse hinweggehen.

Bei den Sätzen a. und b. ist nichts zu bemerken. Daß die Erklärung der Eltern oder Voreltern in einer Notariats-

Urkunde aufgenommen werden müsse, ist nach französischem Rechte ausser Zweifel. Vergleiche Zachariä im Handbuche Th. 3. Seite 103. — Dagegen ist der Satz c. ob der Richter sich über das Versäumniß der im Satz 285. gebotenen Fristen, wenn solches gering sey, hinwegsetzen dürfe? einigermaßen bestritten. Nach der französischen Jurisprudenz sind sie so streng zu beobachten, daß, wenn sie nicht völlig eingehalten sind, der Antrag auf Ehescheidung als nicht geschehen angesehen wird. Zachariä l. c. S. 104. Note 11. Merlin repert. voc. divorce.

Dieser Satz ist jedoch nach der mildern Ansicht, welche das Oberhofgericht zufolge der allegirten Stelle aus seinen Jahrbüchern angenommen haben soll, aufgestellt worden. — Es ward nämlich als besonderer Grund, warum bei der Tagfahrt im Ehescheidungsverfahren nicht so streng eingehalten werden könne, angeführt, weil diese Strenge mit der deutschen Gerichtsverfassung nicht so vereinbarlich sey, als mit der französischen und dem dortigen Notariats-Institute, welche Verschiedenheit näher ausgeführt ward. — Bei dieser Ansicht blieb das Oberhofgericht auch im vorliegenden Falle stehen, und wird auch wahrscheinlich künftig dabei stehen bleiben, ungeachtet der absprechenden Worte Brauers im ersten Theile seiner Erläuterungen S. 213. wo er sagt: „Die hier — „im Satz 275. folg. — vorgeschriebenen Formen waren „durchaus nicht gleichgültig, noch inhaltsleer, sondern so „wesentlich mit dem Rechtsbestande dieser Scheidungsursache „selbst verwebt, daß ohne sie das Ganze seine Haltung ver„loren hätte. Eben deßwegen ist aber auch jeder kleine Um„stand der Vorschrift erheblich, und es kann dem Formen „zertrümmernden und widerbildenden Sinne „mancher Rechtsdiener nicht nachgesehen „werden, irgend eine kleine Veränderung hierbei um „vermeintlicher Vereinfachung willen zu unternehmen.“

Da es hier nur auf allgemeine Grundsätze ankommt, so

wäre es beinahe überflüssig, zu bemerken, daß es die Berechnung der Fristen in dem speciellen Falle nicht klar ergab, ob sie wirklich versäumt waren.

Das Hofgericht hatte diesem Allem nach Recht, die Scheidungsklage wegen Mangels der vorgeschriebenen Förmlichkeiten zurückzuweisen, so wie nämlich die Acten in der ersten Instanz vorlagen. Ob es nun der geeignete Weg war, die fehlenden Urkunden in der Revisions-Instanz nachzubringen, möchte einigermaßen bezweifelt werden können. Zachariä a. o. Orte Th. 3. S. 103. Note 8. wirft zwar den Zweifel auf, bezieht sich aber auf die oberhofgerichtlichen Jahrbücher **III.** 20; doch ist zu bemerken, daß der Fall nicht der nämliche ist, denn dort war nur die Frage davon: ob der Mangel an den Förmlichkeiten auf dem Restitutionswege geheilt werden könne, oder ob ein neues Verfahren angestellt werden müsse? Die Eheleute hatten nämlich ihre weitern Urkunden dem Hofgerichte vorgelegt und um Restitution gebeten, als diese ihnen aber abgeschlagen ward, recurrirten sie an das Oberhofgericht, welches reformirte. Damit ist also die Frage an sich nicht entschieden, wiewohl in dem besondern Falle man darüber um deßwillen hinaus gehen konnte, weil die neuen Urkunden dem Hofgerichte vorgelegen waren, und in dem oben angeführten alternativen Gesuche schon eine Bitte um Restitution lag, welche das Hofgericht, mittelst Einsendung seiner Acten, abschlug.

Ist die schriftliche Abfassung eines Vergleichs, und die doppelte Ausfertigung der darüber errichteten Privaturkunde zu dessen Rechtsgültigkeit erforderlich?

(Marx Maier gegen Mich. Siegin.)

Siegin hatte mit seinem Gläubiger Maier einen Vergleich abgeschlossen, welcher von dem Gerichtsschreiber zu H. in Form eines Protocolls aufgenommen ward. Nachmals focht er diesen Vergleich an, unter andern aus dem Grunde, weil nach L. R. Satz 1325. eine doppelte Ausfertigung desselben erforderlich gewesen sey.

Da man den fraglichen Vergleich als eine Privaturkunde, welche doppelseitige Zusagen enthalte, annahm, so schien wirklich ein Mangel in der äußern Form der Vergleichsurkunde vorzuliegen. — Dennoch ward er nicht für hinreichend zur Annullirung des Vergleichs gehalten.

Man nahm nämlich an, daß ein Mangel in der im L. R. Satz 1325. für Privaturkunden über doppelseitige Verträge vorgeschriebenen äußern Form, keineswegs die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes nach sich ziehe, sondern daß dadurch eine solche Privaturkunde nur ihre Beweiskraft verliere.

Zwar könnte, namentlich bei einem Vergleiche, der Zweifel entstehen, ob nicht zugleich mit der Richtigkeit der Urkunde, der Vergleich selbst ungültig werde, weil nach L. R. Satz 2044. dieser Vertrag schriftlich abgefaßt werden muß. Allein, nach der richtigern Meinung der französischen Rechtslehrer ist anzunehmen, daß auch beim Vergleiche die Gültigkeit des Vertrags nicht durch dessen schriftliche Abfassung bedingt wird.

Brauer in seinen Erläuterungen B. 4. S. 53. spricht sich darüber folgendermaaßen aus:

„Wenn unſer Satz (2044.) ſagt, der Vergleich muß „ſchriftlich verfaßt werden, ſo wird er damit nicht zum „Schriftvertrag, d. h. zu einem ſolchen, deſſen Daſeyn „und Wirkſamkeit an die Wiederdarſtellung der Schrift „gebunden iſt, ſondern man will damit nur ſagen, daß, „obwohl ſonſt nur Verträge, die über 75 fl. betragen, eine „ſchriftliche Beurkundung fordern, und jene von minderem „Betrage auf unvollkommene Beurkundungsmittel ausgeſetzt „bleiben dürfen (nach k. R. Satz 1341.), doch dieſes auf „Vergleiche nicht angewendet werden könne, ſondern daß „jeder Vergleich, auch von geringerem Betrage ſchriftlich „verfaßt ſeyn müſſe, wenn er als vollendet und zu Stand „gekommen angeſehen werden ſolle.“

Weiter unten fügt dieſer Schriftſteller noch bei, daß auch ohne Vorlegung der Urkunde, das Daſeyn des Vergleichs durch Eid bewieſen werden könne, wenn nur nach k. R. Satz 1360. b. die geſchehene ſchriftliche Verfaſſung mit auf das Gewiſſen gegeben worden; welche letztere Bemerkung aber darum keine Anwendung mehr finden kann, weil der k. R. Satz 1360. b. durch den §. 24. des zweiten Einführungs-Edictes wieder aufgehoben, ſomit die Eideszuſchiebung über das Daſeyn derartiger Verträge, zu deren Beweiskraft das Geſetz ſchriftliche Abfaſſung fordert, unbedingt frei gegeben iſt.

Zachariä im Handbuche B. 2. S. 433. (dritte Auflage) äuſſert ſich über den nämlichen Gegenſtand dahin:

„Die Abſchließung eines Vergleichs iſt nicht an eine „äuſſere Förmlichkeit gebunden; jedoch kann der Beweis, „daß, oder in welchem Maaße ein Vergleich abgeſchloſſen „worden ſey, ſchlechthin nicht, d. h. auch dann nicht durch „Zeugen geführt werden, wenn der Gegenſtand des Ver„gleichs nicht über 150 Franken Werth hat.“

Daraus ward der Schluß gezogen: daß, da die ſchriftliche Abfaſſung des Vergleichs nicht zum Weſen des Ver-

trags gehöre, so bleibe auch für ihn es bei der Regel, daß die unterlassene doppelte Ausfertigung der über einen solchen Vergleich verfaßten Privaturkunde den Vertrag selbst nicht ungültig mache, sondern daß nur die Urkunde durch diese Unterlassung ihre Beweiskraft verliere.

Für den zu entscheidenden Fall fand man es für hinreichend, daß der Beklagte die Existenz des fraglichen Vergleichs in den vordern Instanzen gar nicht in Abrede gestellt, sondern nur als Einreden den Fehler in der Form, des Betrugs u. s. w. vorgebracht hatte.

Bemerk. — Wenn die Beantwortung der Frage: ob eine Privaturkunde über den Vergleich, einer doppelten Ausfertigung, unter Strafe der Nichtigkeit des Actes erfordere? — von der weitern vorangehenden abhängt: ob der Vergleich schriftlich abgefaßt werden müsse? so ist diese letztere nicht ganz ohne Bedenken, und selbst von den französischen Rechtslehrern — wenigstens in den ersten Zeiten nach der Erscheinung des **Code Nap.** — verschieden angesehen worden. Es sprechen

für die Bejahung der Frage die durchaus gebietenden Worte des Gesetzes: „**ce contrat doit être redigé par écrit**" sagt der Art. 2044. des **Code Nap.** und unser Landrecht: „dieser Vertrag muß schriftlich verfaßt werden."

Ist aber auf die Unterlassung dieser Vorschrift nicht ausdrücklich die Strafe der Nichtigkeit gesetzt, so kann dadurch nur der Beweis durch die Urkunde verloren gehen; der Act selbst wird aber keineswegs nichtig, wenn auf andere Art seine Existenz erwiesen werden kann. So sagt schon das römische Recht in **L. 4. D. de pignor.** und **L. 17. C. de pactis:**

„**pactum quod bona fide interpositum, etsi scriptura non existente, tamen si aliis probationibus rei gestæ veritas comprobari potest, præses provinciæ secundum jus custodiri efficiet.**"

Und es ist nicht anzunehmen, daß das französische, beziehungsweise unser Landrecht, da, wo es nicht ausdrücklich die Richtigkeit auf die Unterlassung der Förmlichkeit gesetzt hat, jene Bestimmung habe abändern wollen; womit auch die berühmtesten französischen Rechtslehrer übereinstimmen. So sagt **Toullier** im droit civil T. 8. §. 133. „on ne peut trop repéter, qu'il ne faut pas confondre „les actes avec les conventions ou contrats, qui s'y „trouvent écrits. Les conventions existent indépen„damment des actes, qui les contiennent; elles existent „même nécessairement avant les actes, qui ne sont „faits, que pour en rendre la preuve plus facile et plus „durable. Il peut donc arriver, que la convention „soit valable, quoique l'acte, qui la contient, soit nul, „et au contraire, que l'acte soit valable, quoique la „convention soit nulle."

Ein Zweifel, den **Toullier** sich selbst gegen diese Auslegung des Art. 2044. aus dem französischen Gesetze über das Notariat Art. 68. aufwirft, kann bei uns, wo dieses Gesetz nicht gilt, nicht in Betracht kommen.

Zachariä a. o. Orte Note 4. bemerkt, daß der Sinn dieser Gesetzesworte bestritten sey. Seine eigene Meinung gründet er auf die im §. 306. von ihm aufgestellte Interpretationsregel: daß von den Bedingungen der **Gültigkeit** die Bedingung der **Wirksamkeit** der Verbindlichkeiten zu unterscheiden sey, d. h. die Bedingungen, unter welchen die Verbindlichkeiten durch den Richter geltend gemacht werden können. Diese Gültigkeit der Verbindlichkeiten, sagt er, sey von der Erweislichkeit derselben unabhängig.

Unter den französischen Rechtslehrern führt **Merlin** im repertoire voc. double écrit. §. IX. das Beispiel von Renten an, die durch Privaturkunden übertragen wurden, welches auch auf die Vergleichsurkunden passend seyn wird:

„il resulte clairement de cet article (1325.), qu'une

„rente faite par acte sous seing privé non double, n'est „pas nulle de plein droit, et cette consequence en „ammène nécessairement une autre, c'est qu'une pareille „rente est passible du droit d'enrégistrement, comme si „elle avait été faite ou devant Notaire, ou par acte „double."

Malleville in seinem Commentar 3r Thl. zu Art. 2044. ist nicht ganz der Ueberzeugung, daß der Contract über einen Vergleich nicht brauche schriftlich abgefaßt zu werden, doch glaubt er, daß dieser Zweifel durch dasjenige gehoben werde, was die Redner der Regierung und des Tribunals in Ansehung des Verkaufs von Immobilien, zu Art. 1582. geäussert hätten.

Zu diesem Art. 1582. „la vente peut être faite par „acte authentique, ou sous seing privé" — erklärt sich dieser Schriftsteller dahin, daß er in Ansehung der Immobilien der Meinung gewesen sey, wie ein solcher Verkauf nur schriftlich geschlossen werden könne. Indessen hätten Portalis in seiner Rede im Gesetzgebungs-Corps, und Grénier in seinem Bericht an das Tribunal, die Gründe derjenigen widerlegt, welche den schriftlichen Vertrag für nöthig gehalten hätten. Heut zu Tage gehöre also a. so wenig wie ehemals ein schriftlicher Aufsatz zur Wesenheit des Verkaufs, und sey die Frage davon, wie diese Contracte zu beweisen, so träten in dieser Hinsicht die gewöhnlichen gesetzlichen Regeln ein.

Endlich drückt Delvincourt im Cours de Code civil T. VII. lib. VII ad Art. 2044. sich sehr bestimmt dahin aus: „le contrat (de transaction) doit être rédigé „par écrit (pourquoi cela, si l'objet n'excède pas 150 „Francs?) Je n'en vois d'autre raison, si ce n'est, que la „transaction étant un moyen de terminer les procès, on „n'a pas voulu, qu'elle put donner lieu à un procès sur „la question de savoir, s'il y avait eu, ou non, transaction.

„Mais pour la preuve seulement, et non comme solem„nité de rigeur; c'est à dire, que, si la transaction est „avouée, elle doit être executée.“

Kann ein im ersten Grade für mundtodt Erklärter, gültiger Testamentszeuge seyn?

(Bürkle'sche Intestaterben gegen die Wittwe des J. Bürkle.)

Dieses war der Fall bei einem im Jahre 1829. errichteten Testamente, indem einer der Testamentszeugen als mundtodt im ersten Grade erklärt gewesen war, und um deßwillen der letzte Wille angefochten ward. Das österreichische Gesetz, welches früher am Orte des errichteten Testamentes noch in Kraft war, so wie das neue Landrecht, setzen den im ersten Grade für mundtodt Erklärten beiläufig den Gewaltsentlassenen Minderjährigen gleich.

Dergleichen Mundtodten des ersten Grades verbietet der L. R. Satz 513: „ohne Beiwirkung eines von dem Ge„richte verordneten Beistandes zu rechten, Vergleiche zu „schließen, Anlehen aufzunehmen, ablößliche Capitalien zu „erheben, oder darüber Empfangschein zu geben, auch Gü„ter zu veräussern oder zu verpfänden.“

Die Justiz-Ministerial-Verordnung vom 4. Dezember 1811. nennt dieses eine halb Mundtodt-Erklärung, welche von den Aemtern als polizeilicher Besserungsversuch erkannt werden könne.

In dem zu entscheidenden Falle behaupteten nun die klagenden Intestaterben, daß S. kein gültiger Testamentszeuge habe seyn können, und zwar unter Beziehung auf L. R. Satz 980. wo es heißt: „wer Zeuge für einen letzten Willen wer„den soll, muß männlichen Geschlechtes, volljährig, Staats„unterthan, und im Genusse der bürgerlichen Rechte seyn.

Die Beantwortung der Frage ward aus dem 6. Constitutions-Edicte, über die Grundverfassung der verschiedenen Stände, und zwar aus jenem Paragraphen desselben geschöpft, in welchem die verschiedenen Arten angegeben sind, in welchen Jemand in dem Gebrauche seiner Staatsrechte beschränkt wird, oder wodurch dieselben ganz aufgehoben werden.

Der §. 30. dieses Edicts sagt: „Zufällig tritt eine „Einschränkung im Rechtsgebrauche ein wegen Ueppigkeit; „wer in dem Gebrauche seiner Lebensverhältnisse, für seine „Annehmlichkeit irgend einem gesetzwidrigen Ausbruch seiner „Leidenschaften so viel nachsieht, daß dieses zu einem Hang „erwächst, der seine Vermögensumstände zu Grunde zu rich„ten droht, der verfällt unter besondere polizeiliche „Aufsicht und angemessene Besserungs-Ver„suche. Wo aber diese etlichemal fruchtlos bei ihm ab„gelaufen sind, da wird er der Selbst-Mündigkeit im Staate „unwürdig, und kann also nach vorgängiger gesetzmäßiger „Erhebung seines Verschuldens, durch die Behörde, neben „andern verdienten Strafen, auch zum Verluste seiner Selbst„mündigkeit verurtheilt, d. h. mundtodt gemacht werden; „wodurch er nachmals durchaus in die Classe der Halbmün„digen zurückfällt, und nichts für sich selbst thun kann, was „bei diesen eine Bestimmung des Pflegers fordert ꝛc.“

„Keine vor der Mundtodterklärung auf sich genommene „Verbindlichkeit kann hintennach durch diese unkräftig wer„den, und keine erfolgte Besserung kann dem Mundtodt„gemachten die Selbstmündigkeit früher wieder verschaffen, „als die Mundtodtmachung in der nämlichen Art wieder „aufgehoben ist, in welcher sie, obiger Satzung zufolge, „wieder erkannt werden mußte.“

Damit übereinstimmend, sagt das zweite Einführungs-Edict vom 22. Dezember 1809. zu k. R. Satz 513. bis 515: „Die Ortsvorsteher haben die besondere Verpflichtung, bei „Wahrnahme außerordentlicher Verschwendung eines Unter-

„gebenen, zeitige Anzeige bei der Obrigkeit zu machen, da„mit diese die nöthigen Correctionsmittel anwende. Die „Mundtodtmachung geschieht von den Kreis-Directorien „im polizeilichen Wege der Erörterung von Amtswegen, „oder auf Ansuchen der Interessenten.“

Wenn nun die Justiz-Ministerial-Verordnung vom 4. Dezember 1811. das den Verschwendern im L. R. Satze 513. gemachte Verbot, gewisse Rechtsgeschäfte ohne Zuziehung eines gerichtlich angeordneten Beistandes zu verrichten, unter die polizeilichen Besserungsversuche rechnet, deren Fruchtlosigkeit erst die Mundtodtmachung zur Folge haben soll, und wenn der §. 30. des 6. Constitutions-Edictes blos dann eine Beschränkung im Gebrauche der bürgerlichen Rechte eintreten läßt, wenn Jemand nach vorhergegangenen polizeilichen Besserungsversuchen für mundtodt erklärt wird, so folgt daraus, daß Jene, gegen welche der Satz 573. in Anwendung gebracht ist, nicht dadurch ihrer bürgerlichen Rechte für verlustig erklärt werden, und darum nicht als untüchtige Testamentszeugen angesehen werden sollen, sondern daß der L. R. Satz 980. nur diejenigen in sich begreift, welche, zufolge des L. R. Satzes 513. a. wirklich für mundtodt erklärt worden sind.

Diese Ansicht der oben aufgeworfenen Frage kam in einem speciellen Falle zur Sprache, wo sie jedoch auf die Entscheidung nicht direct einwirkte, weil es sich fand, daß statt vier, fünf Testamentszeugen zugezogen waren, mithin nach der beim Oberhofgerichte, in Uebereinstimmung mit vielen franz. Rechtslehrern, angenommenen Ansicht, die Unfähigkeit des einen überflüssigen, das Testament ungültig machte.

Noch trat in concreto hinzu, daß seit dem Tode des dem S. früher bestellten Pflegers, kein weiterer ernannt war, sondern daß sich S. seitdem im Besitze aller bürgerlichen Rechte befand, daß er einer der wohlhabendsten Bür-

ger in seinem Wohnorte geworden, und sogar zum Mitgliede des Bürgerausschusses gewählt war.

Man nahm daher die im Jahre 1806. gegen ihn eingetretene polizeiliche Maaßregel als factisch aufgehoben an. Denn, wenn gleich der L. R. S. 512. die Aufhebung einer Entmündigung nur unter den Förmlichkeiten zuläßt, welche vorgeschrieben sind, um die Entmündigung zu erwirken, so ersah man doch aus dem 6. Constitutions-Edicte, daß jener Satz blos auf die wirkliche Mundtodt-Erklärung, und nicht auf die polizeiliche Fürsorge des Satzes 513. gehe, zu deren Aufhebung keine Förmlichkeiten durchaus nothwendig seyen.

Auch aus der Wahl des Zeugen zum Ausschußmitgliede nahm man einen Grund für seine Gültigkeit her. Denn da das landesherrliche Gesetz vom 23. August 1821. §. 6. die Entmündigten für nicht wählbar zu Mitgliedern des Bürger-Ausschusses erklärt, so mußte sich in dieser Wahl der öffentliche Glaube ausgesprochen haben, daß S. sich in dem Genusse aller bürgerlichen Rechte befinde. — Zachariä fr. Civilrecht 4. Band S. 198. **error communis jus facit. Touillier T. 3. Nr. 407.**

Können Verzugszinsen mittelst einer besondern Klage nachgefordert werden, wenn die Hauptschuld bereits bezahlt und darüber ohne Vorbehalt quittirt ist?

(von Kannacherſche Erben gegen Handelsmann Löw Sondheimer.)

In einem andern ähnlichen Falle, welchen der dritte Jahrgang der oberhofgerichtlichen Jahrbücher Seite 177. enthält, komte nicht die definitive Lösung dieser Frage

durch das Collegium, sondern nur die damalige Ansicht des Referenten vorgelegt werden, weil die Deliberation nur eine Remission der Sache an das Hofgericht zur Folge hatte.

Im gegenwärtigen aber sprach sich der Gerichtshof über diesen Gegenstand entschieden aus, wobei auf jenen frühern Aufsatz in den Jahrbüchern selbst Rücksicht genommen ward.

Ueber den Hergang der Sache ist lediglich Folgendes zu bemerken. Der Handelsmann S. hatte verschiedene Wechsel eincassirt, auf deren Betrag der v. K. Anspruch machte, und ihn auch gerichtlich durchsetzte. Von dem eingezogenen Wechselbetrage ward ein Theil auf eine Forderung des S. abgerechnet, und der Rest bei einem Mannheimer Banquier deponirt; nach weitläufigen gerichtlichen Verhandlungen bezahlte S. nachmals dieses Geld den v. Kannacherschen Erben, jedoch ohne Zinsen. — Dieses veranlaßte eine weitere Klage, mittelst welcher von der Hauptforderung Zinsen zu 744 fl. gefordert wurden, weil S. das Geld vorenthalten und für sich benutzt habe. Beklagter wollte den Satz geltend machen: daß, weil ursprünglich keine Zinsen gefordert wurden, eine Nachforderung von solchen, nachdem die Hauptschuld gezahlt sey, nicht mehr statt finde. — Die erste Instanz verurtheilte den Beklagten zur Entschädigung resp. Verzinsung, die zweite Instanz aber wies die Klage ab.

In dem definitiven Vortrage an das Oberhofgericht ward zuvörderst vom Referenten ausgeführt: daß nach dem gemeinen Rechte keine Verzugszinsen mehr gefordert werden könnten, wenn die Hauptschuld getilgt, oder hierüber — ohne der Zinsen zu erwähnen, von dem Richter erkannt sey. Dieser Satz, welcher im Collegio keinen Anstand fand, bedarf hier keiner weitern Ausführung.

Nach den speciellen badischen Gesetzen hielt man dafür, daß zwar Zinsen ohne Anstand auch durch eine besondere Klage gefordert werden könnten — §. 128. der O. G. Ordnung und Brauer in den Erläuterungen Band 5. §. 287.

Wer sich aber die Hauptschuld zahlen lasse, ohne Zinsen davon gefordert, oder sich dieselben beim Empfang der Hauptschuld vorbehalten zu haben, der setze sich bei einer spätern Forderung der auf dem L. R. S. 1108. b beruhenden Einrede des stillschweigenden Verzichts aus. — Brauer a. o. Orte sagt: „wo der „Zins gar nicht gefordert, auch bei Heimzahlung der Schuld „weder auf ihn zuerst die Zahlung gerechnet, noch derselbe „vorbehalten ist, da ist die Schuldigkeit dazu gar nicht „entstanden, mithin kann eine spätere Reue und Nach„forderung sie nicht begründen."

In dem oben erwähnten Falle der oberhofgerichtlichen Jahrbücher, hatte jedoch die Ansicht Brauers: „daß „bei unterlassener Zinsforderung die Schuldigkeit zu deren „Zahlung nicht entstanden sey" keinen Beifall gefunden; vielmehr hatte man angenommen, daß durch die Nichtforderung jene Schuldigkeit als Kraft Verzichtes erloschen, nach L. R. Satz 1108. b zu betrachten sey.

Diese damals aufgestellte Ansicht fand auch Billigung bei dem Referenten in gegenwärtiger Sache und bei dem Collegio. Man berücksichtigte, daß die Verbindlichkeit zur Zahlung von Verzugszinsen, durch die Setzung in den Verzug entstehe, d. h. wenn die Zahlung der Hauptschuld in der im L. R. Satze 1139. vorgeschriebenen Weise gefordert, aber nicht geleistet worden. Also beruhe die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Zinsen nicht in der Forderung derselben, wohl aber müsse derjenige, der Verzugszinsen haben wolle, solche in Zeiten fordern, wenn sie ihm nicht verlohren gehen sollten. — Wenn man Brauers Erläut. 3. Band S. 94. Bem. 74. damit vergleiche, so müsse man beinahe glauben, daß er das Nämliche habe sagen wollen, sich aber nur unbestimmt ausgedrückt hätte.

Dabei erklärte sich jedoch der Referent gegen die in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern a. o. O. gemachte analoge Anwendung des L. R. Satzes 1908. auf Verzugszinsen.

Dieser Satz: „Eine Quittung, welche über das Kapital ohne „Vorbehalt der Zinsen ausgestellt ist, begründet die Vermuthung, „daß auch diese gezahlt sind, und bewirkt Entledigung von „denselben" — sey nach seiner Meinung ein Ausfluß des L. R. Satzes 1254. welcher sage: „Der Schuldner kann „nicht ohne Bewilligung des Gläubigers seine Zahlung dem „Hauptstuhl aufrechnen, so lange noch Renten oder Zinsen „rückständig sind."

Wenn dieses aber gesetzlich der Fall sey, so müsse eine in den Händen des Schuldners befindliche Quittung über den Hauptstuhl die allerstärkste Vermuthung abgeben, daß die Zinsen gezahlt seyen, eine Vermuthung, die, wie sich L. R. S. 1908. ausdrücke, „eine Entledigung von den Zinsen bewirke", und die folglich, nach L. R. Satz 1352. a. nicht einmal den Gegenbeweis — den Beweis der Nichtzahlung — zulasse.

Eine solche Vermuthung könne aber nur eintreten bei bedungenen Zinsen, deren Schuldigkeit an und für sich außer Streit sey. Nur bei diesen lasse sich vermuthen, oder müsse vermuthet werden, daß der Gläubiger von seinem gesetzlichen Rechte Gebrauch gemacht, die Zinsen an den geschehenen Zahlungen aufgerechnet, und über das Kapital nicht eher quittirt habe, als bis auch die Zinsen vollkommen getilgt gewesen.

Anders verhalte es sich aber mit den Verzugszinsen, zu deren Entrichtung der Schuldner nur unter Umständen, und jedenfalls nur alsdann verbindlich werde, wenn er in Verzug gesetzt war. Wäre er aber auch in Verzug gesetzt, und alsdann für die Hauptschuld quittirt worden, so lasse sich daraus doch keineswegs schließen, daß Verzugszinsen bezahlt worden seyen, denn diese müßten ausdrücklich gefordert werden, und selbst alsdann könne ein solcher Schluß nicht gemacht werden, wenn sie früher auch gefordert worden wären, weil aus dem Setzen in Verzug und dem Fordern noch immer nicht folge, daß der Schuldner eine Verbindlichkeit zur Zahlung solcher Zinsen an sich und in der Maaße,

wie sie gefordert wurden, anerkannt habe; was Alles bei den bedungenen Zinsen eine zum Voraus ausgemachte Sache sey.

Am wenigsten könne eine Zahlungs-Vermuthung bei Verzugszinsen nach L. R. Satz 1908. alsdann statt finden, wenn die Schuldigkeit an sich bestritten, und die Nichtzahlung zugestanden sey, oder, wie im vorliegenden Falle, vom Beklagten behauptet werde, daß vor Quittirung der Hauptschuld solche Zinsen gar nicht gefordert worden wären, wohl aber würde in dem einen wie in dem andern Falle, nach L. R. Satz 1108. b. die Vermuthung, daß der Gläubiger auf die Zinsen verzichtet habe, eintreten.

Es kann auf die weitere Ausführung, wie aus mehreren Gründen in dem zu entscheidenden Falle keine Verzichtsleistung, sondern vielmehr das Gegentheil anzunehmen sey, nicht weiter ankommen, vielmehr wird es genügen, anzuführen, daß das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben, und das amtliche wieder hergestellt, mithin der Beklagte in die Zahlung der Zinsen verurtheilt ward.

Folgende Sätze sind jedoch bei dieser Deliberation vom Collegio angenommen worden:

1) Nach der Badischen speciellen Gesetzgebung findet eine abgesonderte Klage auf Verzugszinsen statt.

2) Aus der unterlassenen Zinsforderung folgt nicht, daß die Zinsschuldigkeit gar nicht entstanden wäre, sondern es ist wegen des stillschweigenden Verzichts, nach L. R. Satz 1108. b. diese Schuldigkeit als erloschen anzusehen.

3) Bei Verzugszinsen insbesondere findet gar keine Vermuthung der Zahlung statt, sondern nur die Vermuthung, daß der Gläubiger auf solche Zinsen verzichtet habe.

4) Die Verbindlichkeit zur Entrichtung von Zinsen beruht an und für sich nicht auf der Einforderung derselben; wohl aber muß derjenige, welcher Verzugszinsen verlangt, nachweisen, daß er sie zur rechten Zeit gefordert habe.

Wirkungen einer über das ehemännliche Vermögen ausgebrochenen Gant auf frühere Eheverträge.

(Stutz gegen Köpfer.)

Daniel Köpfer hatte mit seiner Ehefrau am 30. Dezember 1815. einen Ehevertrag errichtet, in dessen 5. §. dem Ehemann nach dem Tode seiner Frau die Hälfte des von ihr rücklassenden Vermögens zugesichert ward. Am 31. Oktober 1829. errichtete die Frau ein Testament, worin sie die in dem Ehevertrage gemachte Bestimmung aufhob, und ihre ganze Verlassenschaft ihren Kindern als Eigenthum zuwies. Während der Ehe war der Mann in Gant verfallen, und nach dem Tode der Frau belangte der Handelsmann Stutz zu Freiburg den D. Köpfer auf den Rückersatz einer Summe von 1600 Francs, die er für eingeschwärztes Salz hatte bezahlen müssen. Bei der Execution des Urtheils, welches den K. zur Zahlung verurtheilte, kam es zu weitern Verhandlungen über den Nachlaß der K.'schen Ehefrau. Der Wittwer verlangte die Hälfte des Vermögens für sich, und die andere Hälfte nahm der Pfleger der Kinder in Anspruch.

Diesem Begehren ward entgegengesetzt, daß durch die Gant des Mannes eine Vermögens-Absonderung erfolgt sey, und durch diese wäre der Ehevertrag aufgehoben.

Die erste Instanz erkannte das Testament der Ehefrau in so fern für gültig, daß den Kindern der Verstorbenen die Hälfte des zurückgelassenen Vermögens gebühre. Aus der andern Hälfte habe sich Kläger, in so weit nöthig, zu befriedigen, wogegen er mit seinen Ansprüchen auf die hierdurch den Kindern der verstorbenen Frau zugesprochene Vermögenshälfte abgewiesen wurde.

In zweiter Instanz ward dieses Erkenntniß lediglich bestätigt, und in der Oberappellations-Instanz, welche D. Köpfer ergriff, und die nachmals als Revision angenom-

men ward, wurde unter andern vorgebracht: Wenn auch das Testament der K.'schen Ehefrau zu Recht bestehen sollte, so könne der Gegentheil doch nur ein Viertel des ganzen Vermögens in Anspruch nehmen, nach der Bestimmung des L. R. Satzes 1094. — Da nämlich die Ehefrau des K. sechs Kinder hinterlassen habe, so müsse die im Ehevertrage dem Manne zugewiesene Vermögenshälfte, als zur Hälfte gesetzwidrig demselben zugedacht, den Kindern zugeschieden werden.

Beim Oberhofgerichte wurden die beiden Fragen geprüft: 1) ob die Frau befugt gewesen, den ihrem Manne im §. 5. des Ehevertrags zugedachten Vortheil durch eine testamentarische Verfügung ihm wieder zu entziehen?

Diese Frage ward verneint in Bezug auf das Verbot im Satze 1395. des Landrechts, welches sich auch auf die im Ehevertrage enthaltenen Schenkungen erstrecke, nach Zachariä franz. Recht 3ter Bd. S. 147. — Es ward ferner der Satz angenommen: daß die Gantmäßigkeit des Ehemannes die einmal im Ehevertrage ihm zugedachten Vortheile nicht aufhebe, wie solches die Gegner behaupten wollten.

Dagegen ward 2) die weitere Frage: ob der §. 5. des Ehevertrags gültig sey? nicht durchaus bejahet.

Es lautete diese Stelle: „im Falle eines von ihnen, mit „Rücklassung ehelicher Leibeserben, versterben sollte, soll das „vorhandene Vermögen hälftig auf den letztlebenden Ehegatten „und hälftig auf die vorhandenen Kinder getheilt werden."

Ob diese Anordnung zu Recht bestehen könne, ward einer „Vergleichung mit dem L. R. Satze 1094.: „Für den Fall, „da ein Ehegatte Kinder hinterläßt, kann er dem andern „Ehegatten entweder ein Viertheil zum Eigenthum und ein „anderes Viertheil zur Nutznießung, oder die Hälfte seines „ganzen Vermögens allein nutznießlich geben" unterworfen.

Der L. R. Satz 1091. gäbe den Ehegatten die Befugniß, sich in den Heirathsverträgen wechselseitig jede Schenkung zu machen, die sie für gut fänden, jedoch nur unter

gewissen Bestimmungen. Zu diesen gehörten, nach L. R. Satz 1094., daß ein Ehegatte für den Fall, wenn er Kinder hinterlasse, dem andern Ehegatten in dem Heiraths-Vertrage entweder ein Viertheil zum Eigenthum und ein anderes Viertheil zur Nutznießung, oder die Hälfte seines ganzen Vermögens nutznießlich geben könne. Wenn also die Köpfer'schen Eheleute in ihrem Ehevertrage verfügt hätten, es solle im Falle der Hinterlassung von Kindern, das ganze Vermögen in zwei Hälften getheilt werden, wovon die eine dem überlebenden Ehegatten, die andere aber den Kindern zugetheilt werden solle, so könne diese Bestimmung nur in so weit gültig seyn, als sie nicht eine dem L. R. Satz 1094. zuwider laufende Schenkung enthalte. — Da nun bei dem Ableben der Ehefrau gar kein ehemännliches Vermögen vorhanden gewesen, vielmehr alles vorhandene der Ehefrau gehört habe, so könne der §. 5. des Ehevertrages natürlich nicht durch eine gleiche Theilung dieses hinterlassenen Vermögens zwischen dem Ehemanne und den Kindern in Vollzug gesetzt werden. Denn durch eine solche Theilung würde, zum Nachtheile der Kinder, ihrem Vater ein größerer Vermögenstheil zugewiesen werden, als ihm durch seine Ehefrau zugetheilt werden konnte. — Nur auf ein Viertheil des inventirten Vermögens habe demnach der Kläger einige gegründete Ansprüche, und dadurch, daß derselbe zu seiner Befriedigung auf die Hälfte des ganzen vorhandenen Vermögens verwiesen sey, wären die Gegner durch die beiden vorinstanzlichen Erkenntnisse beschwert.

Es erging ein reformatorisches Erkenntniß dahin: daß das Testament der Therese K. „nur in so fern als gültig „zu betrachten sey, daß den Kindern der Verstorbenen drei „Viertheile des zurückgelassenen Vermögens derselben eigenthümlich zukommen, daß aber dem Kläger Revisen das „Recht zustehe, aus dem weitern ein Viertheil der Verlassenschaft sich seine Befriedigung zu verschaffen."

Bemerkung. Gegen diese Ansicht, welche dem oberhofgerichtlichen reformatorischen Erkenntnisse zum Grunde lag, ward folgender Zweifel erhoben. Der Kläger Revise müsse mit seiner Klage abgewiesen und das von der Ehefrau errichtete Testament aufrecht erhalten werden, aus folgenden Gründen:

Die §§. 1. — 4. des Ehevertrages bestimmten, was von jedem Ehetheile in die Ehe eingebracht worden sey, im 5. §. werde die Theilung des ehelichen Vermögens, auf den Vorabsterbungsfall des einen oder des andern Ehegatten, mit Hinterlassung ehelicher Leibeserben, dahin bestimmt, daß das Vermögen hälftig auf den letztlebenden Ehetheil, und hälftig auf die vorhandenen Kinder fallen solle.

Es werde bei dieser Theilungsbestimmung also offenbar vorausgesetzt, daß ein ehemännliches und ein eheweibliches Vermögen bei dem Vorabsterben eines Ehegatten noch vorhanden sey.

Da nun aber der Ehemann in der gegen ihn ausgebrochenen Gant sein ganzes Vermögen eingebüßt habe, die Unterstellung also, in der die Theilungsbestimmung des §. 5. des Vertrages geschehen sey, wegfalle, so könne auch die Theilung selbst nicht nach jenem Paragraphen geschehen, sondern es bleibe der letzte Wille der Ehefrau, welche nun, nach der Vergantung ihres Mannes, über das ihr selbst gebliebene Vermögen frei und ungehindert habe verfügen können, in voller Kraft und Wirkung.

In dem hier angenommenen Satze: daß die Gantmäßigkeit des Ehemannes die in einem Ehevertrage ihm zugedachten Vortheile nicht aufhebe — scheint eine Beschränkung der Erläuterung des früher vom Oberhofgerichte aufgestellten: daß die Gütergemeinschaft durch den Ausbruch der Gant von selbst aufgelöset werde — Oberhofgerichtliche Jahrbücher 3ter Theil, S. 77. folg. — zu liegen.

III.

Gegenstände des peinlichen Rechts.

Tumult, Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit, Aufstand. Charakteristische Merkmale dieser Verbrechen.

(Untersuchungssache gegen H. und Complicen.)

1) Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit. Im engern Sinne genommen, wird sie durch Gebrauch oder Androhung des Gebrauchs physischer Kräfte, zur thätigen Behauptung des Ungehorsams gegen einzelne Befehle der Obrigkeit, begangen. Es kann dieses von einem Einzelnen oder auch von mehreren gemeinschaftlich geschehen, jedoch nicht in öffentlicher Vereinigung. Sobald dieser Widerstand gegen obrigkeitliche Befehle in einer öffentlichen Vereinigung, in öffentlicher Zusammenrottung geleistet wird, so kann die Handlung nicht mehr unter den Begriff einer bloßen Widersetzlichkeit subsumirt werden.

2) Wegen des Verbrechens des Aufstandes wurden beiläufig die Theorien einiger Rechtslehrer angeführt, sich jedoch nicht weiter über diesen Gegenstand verbreitet, da offenbar in dem vorliegenden Falle von einem Aufstande in der eigentlichen Bedeutung des Worts nicht die Rede seyn konnte.

3) Tumult, oder Aufruhr im weitern Sinne des Worts.

Ueber den Begriff dieses Verbrechens findet sich unter den Schriftstellern beinahe durchgängig eine Uebereinstimmung in den wesentlichen Merkmalen.

Adelung in seinem Wörterbuche, welches man als ein classisches Werk ansehen darf, gibt folgende Definition von Aufruhr:

„er ist eine heftige Bewegung des Volkes, die in einer „Widersetzlichkeit der Unterthanen gegen ihre rechtmäßige „Obrigkeit besteht."

Nach Feuerbach ist er:

„eine öffentliche Zusammenrottung Mehrerer, in der er„klärten Absicht, ihren Privatwillen wider den erklärten „öffentlichen Willen mit vereinter Gewalt geltend zu machen."

Der Verfasser des Werkchens: „über Aufruhr und aufrührerische Schriften" scheint den Begriff desselben am richtigsten zu bezeichnen, dahin:

„er ist eine gewaltsame Widersetzlichkeit eines Volkes oder „eines Theils desselben, gegen seine rechtmäßige Obrigkeit „und deren gesetzmäßige Befehle, oder in so fern sie gesetz„mäßig befiehlt."

Durch diesen letztern Zusatz dürfte die Definition, welche übrigens mit jener Adelungs übereinstimmt, einen höhern Grad von Richtigkeit und Bestimmtheit erhalten haben.

Dem zufolge schließt der Begriff von Aufruhr in sich:

a) daß mehrere Menschen zugleich und vereint sich der Obrigkeit widersetzen. Nicht der Widerstand eines oder einiger Menschen wird Aufruhr genannt.

b) daß wirklicher Widerstand geleistet worden.

Unzufriedenheit, Mißbilligung, Tadel, selbst öffentliche, anständige, ruhige und mit Gründen unterstützte Beschwerden der Unterthanen gegen ihre Obrigkeit, dürfen nicht Aufruhr genannt oder damit verwechselt werden.

c) daß die Widersetzlichkeit etwas Gewaltsames, oder — wie Adelung sagt — eine heftige Bewegung mit sich führe, wenn sie Aufruhr heißen soll. Ein unthätiger Ungehorsam, eine bloße Vernachläßigung der obrigkeitlichen

Befehle, ist noch kein Aufruhr. Dieser ist thätlich, widersetzend und gewaltsam.

d) Aufruhr ist Widersetzung gegen die gesetzmäßigen Befehle einer rechtmäßigen Obrigkeit. Sind ihre Befehle offenbar gesetz- und constitutionswidrig, so ist die Widersetzung nicht Aufruhr, sondern Aufstand zu nennen. In dem ersten Falle fehlt das Volk, in dem zweiten die Obrigkeit, wenigstens zuerst und zunächst.

Von diesen Grundsätzen ausgehend, entschied das Oberhofgericht folgenden Vorfall:

Zufolge einer von der Stadtdirection erhaltenen Weisung, in den Wirthshäusern selbst Feierabend zu bieten, verfügte sich der Polizei-Commissär, unter Zuziehung mehrerer Polizeidiener, Nachts um 11 Uhr, in ein gewisses Bierhaus zu Mannheim. Hier traf er eine große Menge Menschen, angeblich 150 bis 200 Personen an. Kaum war er eingetreten und hatte die Worte gesprochen: „Meine Herrn, es ist Feierabend" — als die Menge in den Ruf ausbrach: „Hinaus, Ihr Spitzbuben, hinaus mit den Hunden!" und diesen mit Thätlichkeiten begleitete, indem sie Krüge und Steine nach dem Polizeipersonal warf.

Dadurch zum Rückzug genöthigt, holte die Polizei eine Patrouille des Linienmilitärs, so wie eine Bürgerpatrouille herbei, wo dann die Menschenmenge sich zwar aus dem Bierhause selbst zurückzog, sich aber auf der Straße vor demselben versammelte, und, auf die Aufforderung des Polizei-Commissärs, sich zu entfernen, mit Steinen, welche sie aus dem Straßenpflaster gerissen hatte, nach der Militär- und Bürgerwache warf. Das hinzugekommene Feuerpiquet machte der Sache ein Ende und zerstreute die Tumultuanten. Bei dieser Gelegenheit wurden mehrere Bürgersoldaten durch Steinwürfe getroffen, jedoch ohne Verletzung, und der

Polizei-Commissär erhielt einen Steinwurf auf die Brust; seine Brieftasche, welche er in der Seitentasche des Rocks trug, schützte ihn jedoch gegen weitere Beschädigung.

Unter dem lärmenden Haufen befand sich auch der Schreinergeselle H. Der Polizei-Commissär behauptete, jenen Steinwurf von diesem erhalten zu haben, und gab den Vorgang folgendermaßen an. Bei seinem Weggehen aus dem Bierhause habe er dem erwähnten Menschen aufgegeben, sogleich nach Hause zu gehen; er stehe unter polizeilicher Aufsicht und habe nichts dort zu thun. Im nämlichen Augenblicke sey einer der Polizeidiener von einem Haufen Menschen zu Boden gerissen worden, worauf er hinzugeeilt und ihn befreit hätte. Als er sich nun umgedreht, um den wieder versammelten Haufen aufzufordern, nach Hause zu gehen, habe er von dem H. einen Steinwurf auf die linke Seite der Brust erhalten. Da er deutlich gesehen, daß der Wurf von diesem Menschen herrühre, so habe er ihn angepackt und zwei Soldaten übergeben, um ihn auf die Wache zu bringen, sie wären aber bald zurückgekehrt, mit der Meldung, daß der Arrestant ihnen entrissen worden sey.

Der Inculpat läugnete die That; es wurde das Polizei-Personal verhört, und nach geschlossener Untersuchung erkannte das Hofgericht den Schreinergesellen H. der Theilnahme an dem Tumult, und insbesondere der thätlichen Mißhandlung des Polizei-Commissärs, mittelst eines Steinwurfs, für schuldig, und verurtheilte ihn zu einer Arbeitshausstrafe von einem Jahre.

In dem gegen dieses Erkenntniß bei dem höchsten Gerichtshofe gerechtfertigten Recurse, suchte der Anwalt des Recurrenten folgende Sätze zu vertheidigen:

1) Nach Feuerbachs Definition liege das Verbrechen des Tumults keineswegs vor, nur eine Widersetzlichkeit im engern Sinne.

2) Die Aussagen des Polizei-Commissärs könnten gegen den Denuntiaten nicht gelten, einmal, weil solcher Denuntiant sey, und dann, weil seine Behauptung durch kein gültiges Zeugniß unterstützt werde, indem die abgehörten Polizeidiener vermuthlich ihre Aussagen nach dem Willen des ihnen vorgesetzten Polizei-Commissärs eingerichtet hätten.

3) Die Depositionen der Zeugen ständen unter sich im Widerspruche.

Zu 1) ward jedoch die Behauptung des Anwalts, daß hier nur von einer Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit die Rede seyn könne, als unrichtig verworfen. In Erwägung, daß, wenn man auch die Feuerbach'sche Definition annehmen wollte, doch eine Widersetzlichkeit im engern Sinne nur durch Gebrauch oder die Androhung des Gebrauchs physischer Kräfte, zur thätigen Behauptung des Ungehorsams gegen einzelne Befehle der Obrigkeit, begangen werden könne. Sobald dieser Widerstand in öffentlicher Zusammenrottung geleistet werde, könne der Widerstand nicht mehr unter den Begriff einer bloßen Widersetzlichkeit subsumirt werden.

Die Zusammenrottung gehe aber nicht nur aus der ungewöhnlich großen Menschenmenge, die sich in dem Bierhause versammelt gehabt, sondern auch daraus hervor, daß sich der Recurrent nachmals unter dem lärmenden Haufen befunden, daß er die Weisung des Polizei-Commissärs nicht befolgt, und sich vielmehr unter der schreienden Menge aufgehalten habe.

Da von einem Aufstande in dem zu entscheidenden Falle nicht die Rede seyn könne, so trage der Vorgang vielmehr alle Merkmale des Tumults oder Aufruhrs im engern Sinne an sich. Denn so habe sich nicht ein Einzelner oder einige Wenige der Aufforderung des Polizei-Commissärs widersetzt, sondern eine ganze Menschenmasse. — Die Widersetzlichkeit wäre auch vollbracht worden — nach

Feuerbach im Lehrbuch §. 203. — der Local-Augenschein hätte herausgestellt, daß das Straßenpflaster an verschiedenen Stellen aufgerissen gewesen —, und sie sey gegen rechtmäßige Befehle der Obrigkeit geleistet worden.

Auf jeden Fall fand man die Bezeichnung des Verbrechens durch das Hofgericht als Tumult ganz richtig. Ein Aufstand, wie dieser Begriff, das Product der neuesten Zeiten, sich gebildet habe, der gewöhnlich nur einen glücklich ausgefallenen Aufruhr bezeichne, sey das Verbrechen nicht zu nennen; es wäre aber auch nicht unter den der bloßen Widersetzlichkeit zu subsumiren, die nur von Einzelnen oder Wenigen verübt werde. Vielmehr sey es — zwar kein Aufruhr im strengern Sinne, wie ihn Adelung bezeichne, sicher aber habe es alle Kennzeichen an sich, welche den Begriff eines Tumults gäben; nämlich eine in größerer Verbindung bethätigte vorsätzliche Verweigerung der Pflicht, welche Bürger und Unterthanen dem Gesetze schuldig sind, verbunden mit thätlicher Widersetzlichkeit gegen die zum Vollzug der Gesetze berechtigte Behörde.

Zu 2). Der weitere Grund des recurrentischen Sachwalters, hergenommen aus der Unglaubwürdigkeit der Aussagen des Polizei-Commissärs und der Polizeidiener, fand eben so wenig Eingang.

Man glaubte den Polizei-Commissär nicht als eigentlichen Denuntianten betrachten zu können, da es seine Pflicht mit sich bringe, die Polizeifrevel der höhern Behörde anzuzeigen. Wäre er aber auch Denuntiant, so dürfe man ihn doch nicht mit dem Ankläger verwechseln. — Seine Denuntiation könne ihn nicht von dem Zeugnisse ausschließen, ja in einer solchen Anzeige selbst liege gewöhnlich schon die Angabe von Umständen, die er selbst beobachtet habe, weswegen er am besten ein Zeugniß abgeben könne. Dasselbe sey daher nie ganz zu verwerfen, und es müsse wenigstens so lange als unverdächtig angesehen werden, bis andere Ver-

hältniſſe bedeutende Zweifel ihm entgegen ſtellen. — (Kleinſchrod, über die Fähigkeit eines Denuntianten zu einem Zeugniſſe. In ſeinen Abhandlungen Th. 1. Nr. 6.)

Das untergeordnete Verhältniß der Polizeidiener zum Polizei-Commiſſär hielt man ſchon an und für ſich nicht von der Art, daß aus ſolchem eine Unfähigkeit zum Zeugniſſe oder auch nur ein Verdacht hergeleitet werden könnte. Daraus, daß das römiſche Recht das Zeugniß des Sclaven gegen ſeinen Herrn verwerfe, laſſe ſich kein analogiſches Argument auf den geringen Grad von Abhängigkeit, in dem ein Polizeidiener zu ſeinem Commiſſär ſtehe, machen; zumal der Letztere von dem Ausgange der Sache weder Vortheil noch Nachtheil habe.

Nachdem endlich zu 3) nachgewieſen war, daß die verſchiedenen Ausſagen der Zeugen recht gut mit einander vereinbar ſeyen — ward der Recurs einſtimmig verworfen. Und das Nämliche war auch mit mehreren Recurſen anderer in dieſen Tumult verwickelten Perſonen der Fall.

Bemerkung. Die in vorſtehendem Aufſatze vorkommenden Diſtinctionen und Benennungen der verſchiedenen Arten von Widerſetzlichkeit der Unterthanen gegen ihre rechtmäßige Obrigkeit, kennt die Carolina nicht. Ihr Art. 127. begreift dieſe Verbrechen unter dem allgemeinen Ausdruck: „Aufruhr des Volks.“ Eben ſo beziehungsweiſe auf jenen Artikel der §. 68. unſeres Straf-Edicts, jedoch mit der weitern Bemerkung: daß die Verſchiedenheit der Fälle nicht zu beſtimmen ſey. — Auch der Art. 209. des franzöſiſchen Code pénal faßt alle dieſe verſchiedenartigen Exceſſe unter dem Namen: „rebellion“ zuſammen. Aeltere Badiſche Verordnungen, nämlich die vom 20. Sept. 1779. und 7. Sept. 1789. (Alphab. Auszug 1. Th. S. 48. und 2. Th. S. 53.) ſprechen lediglich von Aufruhr im aus-

gedehntesten Sinne des Worts, nur die erstere macht allenfalls einen Unterschied zwischen Aufruhr und Auflauf.

Erst den neuern unruhigen Zeiten scheint es vorbehalten gewesen zu seyn, bei den oft vorkommenden Fällen des Aufstandes gegen die Obrigkeit, gewisse Gradationen desselben und demnach verschiedene Benennungen einzuführen.

Unter diesen Verbrechen, an deren Daseyn und specielle Benennung die ältern Gesetzgeber nicht dachten, ist eines der merkwürdigsten, das in Frankreich unter dem Namen „émeute“ in den neuesten Zeiten häufig vorkommende. — Was ist aber der richtige Begriff dieses Ausdruckes?

In dem **Dictionnaire de l'académie** findet man nichts weiter als die kurzen Worte:

„**Emeute. Tumulte, émotion soudaine parmi le peuple.**“

Will man das französische Wort gleichbedeutend mit dem deutschen Ausdruck „Meuterei“ nehmen, so erklärt Adelung ihn in seinem Wörterbuche dahin:

„Ein Wort, welches nur noch in engerer Bedeutung „gebraucht wird, eine unerlaubte Verbindung Mehrerer, „besonders wider ihre Obern, zu bezeichnen, ein Complott, „wo es mehr von leichtsinnigen, vorübergehenden Verbindungen dieser Art gebraucht wird; dagegen Verschwörung „den Begriff der festern feierlichern Verbindung mit sich „führt. Französisch mutiner. Der Begriff des Aufstandes ist nicht nothwendig damit verbunden, kann aber „dabei statt finden.“

Etwas Näheres über die émeute findet man in dem bekannten Sittengemälde von Paris: „**Le Livre des cent-et-un**“ T. 5. p. 161. Dort heißt es im Auszuge: „**Vous „savez, ce que c'est, qu'une insurrection, une journée révolutionnaire, la victoire et la puissance transferées violement d'un parti à un autre, par un coup de main, par „un soulèvement de la masse populaire. — L'émeute**

„n'est pas de cette nature emportée, orageuse, sangui-„naire, allant à ses fins par le tumulte et l'effroi. — Si „l'émeute à l'instinct du trouble, elle n'en a pas la „passion; rien et personne n'est pour elle proie et vi-„ctime designée, personne et rien ne lui est objet d'affec-„tion ardente, d'enthousiasme, de foi; c'est un souvenir „reconnaissant de la révolution, qui l'a dechainée. — Au „premier jour, — car l'émeute en a régulièrement trois — „vous verriez en un instant les rues se remplir comme „les avenues d'une fourmillière, de longues files noires, „qui se dirigent toutes du même coté, des que ces mots: „„il y a quelque chose quelque part““ se sont commu-„niqués de boutique en boutique. — — Enfin le troi-„sième jour appartient de droit au triomphe de l'autorité. „Fatiqués, d'avoir passé quarante huit heures, sans rien „vendre, sans pouvoir se rendre à leurs affaires, tous les „soldats citoyens prennent les armes et font patrouille. — „La curiosité est mal-menée, il se distribue par-ci par-„la quelques horions, et l'émeute devient une deroute. „Le jour suivant toutes les affaires, tous les plaisirs re-„prennent leurs cours avec plus d'activité, — et il ne „reste plus de tout ce trouble, que quelques jeunes gens, „riant et chantant à gorge deployée dans la prison, bien „sur, d'être acquittés à la cour d'assises, par la patrouille „même, qui les a saisis etc.“

Aus dieſer Beſchreibung einer émeute wird ſich zwar der rechtliche Begriff derſelben nicht feſt beſtimmen laſſen; allein ſo viel ließe ſich daraus ableiten, daß in Frankreich ein Unterſchied zwiſchen „révolution“, „rébellion“ und „émeute“ gemacht wird, daß die Letztere ihre Entſtehung gerade keinem ſtrafbaren Zwecke, ſondern mehr der Neugierde eines müßigen Publikums zu verdanken hat, und daß ſie eher zu Polizeivergehen, als zu den peinlichen Verbrechen zu rechnen ſey. — Sollte aber dieſe Charakteriſirung richtig ſeyn, ſo

ist auf der andern Seite nicht zu verkennen, daß die französischen Journalisten diesen Ausdruck in einer viel umfassendern Bedeutung nehmen, wenn sie Volksaufstände, bei welchen Blut floß und Menschenleben gefährdet ward, gleichfalls mit der Benennung „émeute“ bezeichnen. Und die deutsche „Meuterei“ muß nicht der französischen „émeute“ ganz gleich seyn, sonst würden schwerlich die deutschen Tageblätter den blutigen Exceß in Frankfurt vom 3. April d. J. eine Meuterei nennen.

Wenden wir uns aber wieder zu denen in Deutschland unter mehreren Namen vorkommenden Volksaufläufen und Tumulten, so folgt daraus, daß die alte Gesetzgebung sie nicht bestimmt bezeichnete und bezeichnen konnte, nichts weiter, als daß bei ihrer Bestrafung der Art. 105. peinlicher H. G. Ordnung in Anwendung kommen muß, nach welchem bei solchen „unbenannten peinlichen Fällen und Strafen“ — „Richter und Urtheiler Raths pflegen sollen, wie in solchen zufälligen oder unverständlichen Fällen gehandelt und geurtheilt werden solle,“ d. h. mit andern Worten: die Bestimmung der Strafe soll dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. — Eben so würde, nach unserm Straf-Edict, die Dauer der Zuchthaus- oder Kettenstrafe, nach dem einzelnen Falle, von dem Ermessen des Richters abhängen.

IV.

Miscellen und Nachträge.

Digitized by Google

Das Recht der Gerichte, sogenannte gemeine Bescheide oder allgemeine Verfügungen zu geben.

Das sechste Stück der „Annalen für die Badischen Gerichte" enthält die Veranlassung, woraus dieses Recht dem Mannheimer Hofgerichte von einer Anzahl Advokaten bestritten ward, und ihre Vorstellung vom 11. October 1832. an Großh. Justiz-Ministerium.

Da unterm 5. März 1833. die Ministerial-Entschließung auf diese Vorstellung dahin ergangen ist:

„Man erkennt es nicht nur als zulässig, sondern auch „als sehr zweckmäßig, wenn die Gerichtshöfe den Sach„waltern ihre Ansichten über Gegenstände des bürgerlichen „Proceßverfahrens mittheilen."

„Damit aber aller Anschein vermieden werde, als wenn „der Gerichtshof ein ihm nicht zustehendes Recht, allge„meine Anweisungen zu geben, ausüben wollte, so ist „sich bei solchen Mittheilungen der Form zu enthalten, welche „auf Anweisungen hindeuten könnte, und nur die Form „einer Bekanntmachung in der Art zu wählen:

„„das Hofgericht habe in vorgekommenen Fällen, aus „„den anzuführenden Gründen, die bezeichnete Verfügung „„erlassen"";

so sind einige betreffende Stellen aus dem Gutachten des Oberhofgerichts vom 30. Januar d. J. zur Erläuterung anzuführen.

Das Resultat dieses Berichts, durch die Mehrheit beliebt, ward dahin dem Justiz-Ministerium vorgelegt: es könnten wohl allgemeine Verfügungen mit richterlichen Warnungen, insofern solche nicht in das materielle Recht eingehen, jedoch ohne Festsetzung von Präjudicien, erlassen werden. Für die Erlassung von förmlichen gemeinen Bescheiden, oder allgemeinen Verfügungen mit Androhung von Präjudicien oder Strafen, seyen aber die Gerichte nicht competent.

Die Sache wurde im Gutachten selbst auf folgende Art motivirt:

Die Frage sey im Allgemeinen durch den L. R. Satz 5. beantwortet, und diese Beantwortung beruhe auf sehr bekannten durchgreifenden Grundprincipien.

Der Richter sey nicht Gesetzgeber, und dürfe es nicht seyn, wenn nicht die absoluteste Willkühr an die Stelle von Gesetz und Recht treten solle. Des Richters Aufgabe sey: „zu richten", d. h. das Verhältniß nach gegebenem Falle zu dem gegebenen Rechtsgesetz auszusprechen, oder das Gesetz auf gegebene Fälle anzuwenden. Was außer diesem Kreise liege, liege zugleich außer dem Kreise des richterlichen Berufs.

Wohl dürfe der Richter und müsse, wo ihm das Gesetz dunkel, einer mehrfachen Deutung empfänglich, oder mangelhaft erscheine, dessen Sinn — weil er entscheiden müsse — nach den Regeln der Auslegungskunst, und — wo diese nicht ausreicht — mit Hülfe der Doctrin und des Vernunftrechts bestimmen und vervollständigen. So habe sich durch öftere gleichförmige Entscheidung derselben Rechtsfrage, gleichwie durch anhaltende Beobachtung derselben Proceßform der Gerichtsgebrauch gebildet; in der ersten Beziehung res judicata, in der zweiten stylus curiæ genannt. Von einem solchen Gerichtsgebrauche, welcher in voriger Zeit selbst bei den höchsten Reichsgerichten Gesetzeskraft hatte, sey aber hinsichtlich der zu begutachtenden Frage nicht die

Rede, und könnte, nach der klaren Bestimmung des L. R. Satzes 5., nicht die Rede seyn.

So richtig nun dieses wäre, und so wahr es sey, daß nach unserer Gesetzgebung keine richterliche Entscheidung oder Verfügung sich weiter erstreckt und erstrecken dürfe, als auf den betreffenden Fall, so sehr müsse der Mangel eines Mittels gefühlt werden, wodurch eine möglichst gleiche Anwendung dieser Gesetze, sowohl was die Form als die Sache betrifft, bewirkt würde, d. h. gleiche Rechtspflege überall.

In Frankreich wäre dafür der Cassationshof vorhanden, aber nicht zu dem von den hiesigen Advokaten in ihrer Vorstellung bezeichneten Zwecke. Er interpretire nämlich das Gesetz nicht in dem Sinne, daß sein Ausspruch für die Gerichte zur Norm dienen müßte, er interpretire — wenigstens der Form nach — gar nicht, sondern weise nur entweder das eingewandte Cassationsmittel zurück, indem er erkläre, daß die Sentenz, gegen welche das Rechtsmittel ergriffen worden, dem Gesetze gemäß sey, oder daß sie das Gesetz nicht verletze (que l'arrét a jugé conformement à la loi) oder (qu'il n'a violé la loi), oder er entscheide, daß die angefochtene Sentenz für nicht gesprochen zu achten sey (la cour casse et annulle).

In dem letztern Falle werde die Sache vor einen andern Richter gewiesen, jedoch ohne daß dieser Gerichtshof an die Meinung des Cassationshofes gebunden wäre. Die Sache könne nun wieder an den Cassationshof gelangen, sey dieses aber zum dritten Male, unter stets gleichen Voraussetzungen, der Fall, so müsse eine authentische Auslegung des Gesetzes eingeholt werden, welche der Regent gebe.

Daß übrigens diese Anstalt, wenn auch ohne Zweifel noch wesentlicher Verbesserung fähig — für gleichförmiges Verfahren, und daher für Sicherung des Rechts, von hoher Wichtigkeit sey, wäre einleuchtend, daher wohl zu wünschen,

daß eine ähnliche, unsern übrigen Verhältnissen anpassende Einrichtung auch bei uns möge getroffen werden, zumal es nicht fehlen könne, daß wenn, wie zu hoffen sey, die Reformen in unserer Gesetzgebung fortschreiten, das Bedürfniß derselben auch fort und fort fühlbarer werden würde. Eine bald nöthige Revision der Proceßordnung werde jedenfalls die Gelegenheit dazu darbieten.

Ueber die Anwendbarkeit des §. 1115. der neuen Proceß-Ordnung in der Appellations-Instanz, bezüglich auf den Vortrag neuer Thatsachen und die Nachbringung neuer Beweismittel.

Dieser in Nr. 1. der Annalen der Großh. Badischen Gerichte S. 7. und 8. behandelte Gegenstand machte in so fern einen Theil des oberhofgerichtlichen Gutachtens aus, als er die Veranlassung zu jener allgemeinen Verfügung an die Advokaten gegeben hatte. — Da dem höchsten Justizhofe vom Großh. Justiz-Ministerium aufgegeben war, sich auch über die Richtigkeit der fraglichen Verfügung nach der neuen Pr. Ordnung gutachtlich zu äußern, so ging die dem Justiz-Ministerium vorgelegte Collegial-Ansicht nach der Majorität dahin:

„Das Hofgericht des Niederrheins habe sich ganz richtig „dafür erklärt, daß nach übergebenem Libelle keine Nach„träge an neuen Thatsachen und Beweismitteln statt finden; — „unrecht sey es aber daran gewesen, wenn dasselbe zugleich „erklärt habe, daß der §. 1115. in der Appellations-Instanz „keine Anwendung finde.“

Diese Ansicht begründete der oberhofgerichtliche Respicient folgendermaßen. Bei der Anwendung jenes Paragraphen

der Pr. Ordnung komme alles auf das richtige Verständniß der Worte an:

„zuläßliche neue thatsächliche Anführungen,"

und:

„Vorschläge anderer Beweismittel."

Dieses Verständniß werde aber nur möglich durch Verbindung des §. 1115. mit dem §. 1112. und durch Erinnerung an dasjenige, was bei dem Verfahren der Untergerichte (Tit. 9. 11. 13. 18.) Regel sey.

In jeder Klage müßten die Thatumstände, welche ihr zur Begründung dienen sollen, vollständig vorgetragen werden. Auch sey (beim ordentlichen Proceß) zugelassen, den Beweis schon in der Klage anzutreten, wenn Urkunden oder richterlicher Augenschein die Beweismittel sind. Eben so müßten in der Vernehmlassung auf die Klage, außer der Antwort auf die factischen Klaggründe, alle Einreden, deren sich der Angeklagte bedienen wolle, vorgebracht werden.

Die meisten Verhandlungen drehten sich lediglich um die Antwort auf die Einreden, um die Repliken, Dupliken, wenn dergleichen im eigentlichen Sinne vorgebracht sind, ohne daß es erlaubt wäre, neue factische Klaggründe mit Beweismitteln nachzuschieben, während es allerdings erlaubt seyn müsse, für das Thatsächliche der Einreden, Repliken und Dupliken die Beweisantretung auf dieselbe Weise zu anticipiren, wie dieses bei der Klage gestattet ist. Den Schluß mache die mündliche oder schriftliche Rechtsausführung, bei welcher thatsächliche neue Ausführungen durchaus unzulässig seyen.

Sehe man nun auf den §. 1112., so stelle derselbe es in das Ermessen des Richters, wenn die Vernehmlassung auf die Klage gehörig beschaffen ist, alsbald mündliche Verhandlung anzuordnen.

Geschähe dieses, ohngeachtet von dem Beklagten wahre Einreden vorgebracht worden, so müsse es dem Kläger gewiß gestattet seyn, in der mündlichen Verhandlung darauf nicht nur zu antworten, sondern auch seine zur Entkräftung der Einreden dienlichen Repliken und die ihnen zum Grunde liegenden Thatsachen vorzutragen, und eben so die bei der Klage zulässige Beweis-Antretung zu anticipiren. Hierin könnten nur die im §. 1115. erwähnten „zulässigen neuen „thatsächlichen Anführungen" bestehen.

Nie aber könne es gestattet werden, neue thatsächliche Klaggründe oder Beweismittel, die in der Klage hätten anticipirt werden dürfen, aber versäumt wurden, bei der mündlichen Verhandlung nachzuschieben; wohl aber gestatte der §. 1115., statt jener anticipirten Beweismittel andere vorzuschlagen, was sich aus den §§. 396. und 397. erkläre. Damit wäre auch der Sinn der Worte: „Vorschläge anderer Beweismittel ꝛc." festgestellt.

Auf solche Art könne die Anwendung des §. 1115., zufolge des §. 1171., keine großen Anstände mehr haben.

Nach §. 1170. müßten in der Beschwerdeschrift die zur Begründung der Beschwerden dienlichen neuen Thatsachen angeführt werden. Der Appellant könne die Beweisantretung anticipiren, und zu diesem Zwecke sowohl zur Begründung des früher Vorgebrachten, als der aufgestellten neuen Thatsachen dienliche Beweismittel vorschlagen. Wie der Appellant in der Beschwerdeschrift, so habe auch der Appellat in seiner Vernehmlassung, nach §. 1218., alles Neue vorzutragen, nämlich das Thatsächliche der Beweiseinrede und das Thatsächliche der Einreden gegen die Appellations-Beschwerden, nebst Anführung der neuen Beweismittel, wodurch die aufgestellten neuen Thatsachen dargethan werden sollen, wenn der Appellat die Beweis-Antretung anticipirt.

Nach §. 1221. stehe beiden Parthieen das Recht zu, in der Appellations-Instanz neue Beweismittel und neue Thatsachen jeglicher Art beizubringen, vorbehaltlich der in diesem Paragraph bestimmten Ausnahmen.

Habe nun aber ein Theil versäumt, das Neue, was seiner Sache hätte dienlich seyn können, an Thatsachen oder Beweismitteln, in dem geeigneten Schriftsatze vorzutragen, so dürfe er in der mündlichen Verhandlung nicht mehr darauf zurückkommen, sondern es träten die gesetzlichen Präjudicien ein, in Ansehung der Beweisführung insbesondere das, daß er die richterliche Beweis-Auflage abzuwarten habe.

Nur eine Ausnahme hievon statuire der §. 1219. in Bezug auf den Appellaten, in welchem Falle sodann natürlicher Weise dem Appellanten die Antwort gestattet seyn müsse.

Ueber diese einigermaßen abweichende Ansicht der beiden Obergerichte, enthielt der oben erwähnte Justiz-Ministerial-Beschluß vom 5. März, wahrscheinlich absichtlich, keine ausdrückliche Entschließung.

Purification der oberhofgerichtlichen Erkenntnisse.

(Neumayer gegen Seiter.)

Früher, unter der ältern Proceßordnung, war es bei dem Oberhofgerichte hergebracht, daß in jedem Falle und selbst dann, wenn der höchste Gerichtshof z. B. auf einen Eid, abweichend von den frühern Instanzen, erkannt hatte, das Urtheil jedesmal von dem betreffenden Hofgerichte zu purifiziren, und nur in dem Falle, wenn besondere Anstände dabei eintraten, eine Anfrage an das Oberhofgericht zu richten war.

In dem oben rubricirten Falle trug es sich zu, daß ein Eid, auf welchen in der dritten Instanz erkannt war, von dem Amte G. als Richter erster Instanz dem Kläger abgenommen ward, und so entstand die Frage: ob nicht die Purification des oberhofgerichtlichen Urtheils von diesem nämlichen Amte zu geschehen habe, weil der §. 606. der neuen Proceßordnung besagt: „die Folgen der Leistung oder „Verweigerung des Eides werden von dem Richter, vor „welchem der Eid zu schwören war, in Form einer „einfachen Verfügung ausgesprochen?"

Das Oberhofgericht fand jedoch keinen Anstand, die Purification nach abgeschworenem Eide selbst auszusprechen, indem es annahm, daß eigentlich dieser Eid, vor dem Oberhofgerichte hätte geleistet werden müssen, und daß man das Amt G. nur, als vom höchsten Gerichtshofe zur Abnahme des Eides committirt, anzusehen habe.

Nichtigkeitsklage gegen provisorische Verfügungen des Unterrichters.

(Wiemer gegen Eberle.)

Für einen gewissen Wendel Wiemer, wohnhaft auf dem Cap der guten Hoffnung, meldete sich ein angeblicher Bevollmächtigter desselben beim Mannheimer Stadtamte, um dessen bei dem hiesigen Handelshause A. beruhendes mütterliches Vermögen zu reclamiren und in Empfang zu nehmen. — Das Handelshaus wollte die von ihm producirte Vollmacht nicht für gültig anerkennen; es erwirkte aber sein hier bestellter Geschäftsträger, unter dem Anführen der mißlichen Lage jenes Handelshauses, eine amtliche Verfügung vom 20. Oktober 1831., durch welche der beklagte Theil angewiesen ward, die geforderte Summe einstweilen zu deponiren. — Die gegen diesen Beschluß ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde ward vom Hofgerichte des Niederrheins am 21. Mai. 1832. verworfen, und dagegen die Oberappellation eingeleitet.

Der Oberappellant glaubte sich dadurch beschwert, daß eine Verfügung gegen den Beklagten erlassen worden, während der Kläger sich nicht mit einer nach §. 140. der Proceßordnung eingerichteten Vollmacht ausgewiesen habe.

Er behauptete, daß das Rechtsmittel der Cassation, nach der ältern Proceßordnung, das geeignete gewesen sey, in Bezug auf das Organ.-Edict von 1809. Beil. E. §. 5. und auf die Verordnung vom 17. Mai. 1827. §. 10.

Dann beschwerte er sich darüber, daß der Beschluß vom 21. Oktober 1831. über eine Summe abspreche, welche noch nicht als das Quantum angenommen worden, welches bei der Handlung von dem mütterlichen Vermögen des Klägers beruhen solle.

Ferner, daß der Oberappellant nur verbunden sey, dem Uebergeber des Vermögens, dessen Erben und Rechtsnehmern

Rechenschaft zu geben, und daher das Stadtamt nicht befugt gewesen sey, sich in dieses Rechtsverhältniß ohne Anrufen eines Theils einzumischen. Daß auch eben so die nöthigen Anträge zur Abwendung der behaupteten Gefahr von dem Eigenthümer selbst oder seinem Rechtsvertreter hätten gestellt werden müssen.

In der dritten Instanz, in welcher die Sache nach der neuen Proceßordnung behandelt ward, wurde das hofgerichtliche Erkenntniß lediglich bestätigt, aus folgenden Entscheidungsgründen:

1) Die beim Hofgerichte den 22. Oktober 1831. eingereichte Nichtigkeitsklage ist gegen die provisorische Verfügung des Stadtamts vom 20. des nämlichen Monats gerichtet. Sie ist daher nach dem alten Proceßrechte, und namentlich nach dem Edicte vom 28. März 1804. über unheilbare Nichtigkeiten zu beurtheilen.

Wenn der Quärulant, nunmehriger Oberappellant, die gedachte Provisorial-Verfügung deßhalb als nichtig angreift, weil die Vollmacht des für den Kläger aufgetretenen Gewalthabers mangelhaft sey, und die amtliche Verfügung über eine zu deponirende, oder zu versichernde Summe absspreche, ohne daß über das Quantum des in den Händen des Beklagten befindlichen mütterlichen Vermögens des Klägers noch verhandelt worden wäre, so ist zwar

2) die Vollmacht, wegen mangelnder Unterschrift des Klägers und unrichtiger Bezeichnung der Person, in deren Händen sich das mütterliche Vermögen befinden solle, allerdings für mangelhaft zu halten, allein diese Mängel können bis zu erfolgendem Endurtheile noch lange verbessert werden, und es soll überhaupt, nach Art. 22. des Nullitäten-Edicts von 1804. für eine unheilbare Nichtigkeit niemals angezogen werden, wenn ein Urtheil für eine Parthie ergangen ist, die durch einen nicht gehörig bevollmächtigten Anwalt vertreten wurde, inmaßen alsdann der Sieg Rechtens als Verbind-

lichkeit aus einer nützlichen Geschäftsbesorgung, auf den gewinnenden Theil übergehe.

3) Es ist zwar nach Art. 8. des Nullitäten-Edicts eine unheilbare Nichtigkeit, wenn ein Richter gegen eine Parthie erkennt, welche zum Vortrag ihrer Rechtfertigung nicht in den Stand gesetzt worden wäre; allein es ist diese gesetzliche Bestimmung eines Theils nur auf solche richterliche Erkenntnisse anwendbar, welche die Kraft eines Endurtheils haben, nicht aber auf bloße Provisorial-Verfügungen, — anderntheils hätte Beklagter in den untergerichtlichen Verhandlungen, und zwar insbesondere in seiner Einlassung auf die Klage, sich über die Summe des in seinen Händen befindlichen klägerischen Vermögens äussern können und sollen, und es ist daher auch in dieser Beziehung der Art. 8. des Nullitäten-Edicts auf die angefochtene amtliche Verfügung nicht anwendbar.

4) Das weitere Vorbringen des oberappellantischen Anwalts, daß Beklagter der amtlichen Verfügung nicht nachkommen könne, weil zu Gunsten der präsumtiven Erben des Wendel Wiemer auf dessen mütterliches Vermögen Arrest gelegt sey, ferner, daß eine das amtliche Provisorium rechtfertigende Gefahr nicht vorhanden sey, enthält keine Nullitäts-Beschwerde, indem diese angeblichen Gebrechen der amtlichen Verfügung sich weder unter die Art. 1. und 2. des Edicts aufgeführten allgemeinen Charaktere der Nichtigkeit, noch unter die in den Art. 3. bis 13. aufgezeichneten einzelnen Gattungen unheilbarer Nichtigkeiten subsumiren lassen.

Zur Sache „Lederle gegen G. Fiscus.“ Seite 106.

Ein Erlaß des G. Justizministerii vom 21. Juni d. J. Nr. 3423. erledigte jene Frage für die Zukunft, indem er so lautete:

„wird das Oberhofgericht auf einen Erlaß des „Großh. Finanzministerii vom 4. Juni d. J. in „Kenntniß gesetzt, daß dasselbe die Hofdomänen„Kammer beauftragt habe, künftig weder die aus„schließliche Competenz des Großh. Hofgerichts zu „Rastadt, in allen persönlichen Forderungen gegen „den Großh. Fiscus, noch die Nachweisung der Ent„hörung mehr geltend zu machen; es sey vielmehr „von beiden deßfallsigen Einreden Umgang zu „nehmen.“

I.

Gegenstände des neuen Proceßrechts,

und

Entscheidungen unter dessen Herrschaft.

Digitized by Google

Streit über den Heimfall eines angeblichen Erblehens.

(v. Baier'sche und Dr. Ammann'sche Erben, gegen Großh. Fiscus.)

Der im Jahre 1826. verstorbene Landvogt von Kleinbrod hinterließ mehrere Güter, aber auch sehr beträchtliche Schulden. — Auf einer dieser Besitzungen, Winterbach, haftete eine Schuld von 26,000 fl. mit lehnsherrlichem Consens; es wurden aber in öffentlicher Versteigerung daraus erlöst 32,650 fl., mithin ein Ueberschuß von 6650 fl. über jene consentirte Schuld. Da v. K. ohne Leibeserben gestorben war, so machten auf diesen Ueberschuß Anspruch a) der Großh. Fiscus, weil er das Gut als heimgefallen ansah, und b) die Seitenverwandten des Verstorbenen.

Aus diesen Ansprüchen entspann sich ein Prozeß beim Hofgerichte des Oberrheins, wo die v. K.-sche Verwandte resp. Erblehnserben klagend auftraten, indem sie sich darauf stützten, daß der Erlöß des Erblehns, wenn der Erblehnsmann Zahlungsunfähig sey, zur Bezahlung dieser Schulden zu verwenden sey. *)

Der beklagte Großh. Fiscus setzte der Klage entgegen, daß das Gut Winterbach kein reines Erblehen gewesen sey.

*) Dieser Satz ist so zu verstehen, daß der Uebererlös von Winterbach zur Bezahlung der auf einem andern den von K.-schen Erben angefallenen Gute, Hahnenhof genannt, haftenden Schulden, verwendet werden sollte.

Es wäre vielmehr ein dem Breisgauschen Ritterstande einverleibtes Gut gewesen, in dessen Rücksicht die v. Kleinbrod'sche Familie bei dem Ritterstande immatriculirt worden; auf diesem gekauften Gute habe der Besitzer die Grundherrlichkeitsrechte und eigene Gerichtsbarkeit behauptet.

Es ward ferner widersprochen, daß, wenn der Erblehnmann zahlungsunfähig werde, der Erlöß aus dem Erblehn zur Zahlung seiner Schulden verwendet werden müsse. Man möge Winterbach als ein Mann- und Ritterlehn, oder als ein wirkliches Erblehn betrachten, so wäre dessen letzter Besitzer nicht befugt gewesen, Schulden darauf zu contrahiren, ohne lehnsherrlichen Consens.

Das Hofgericht erkannte nach geschlossenen Verhandlungen:

„Der Großh. Fiscus sey für schuldig zu erklären, den „ganzen Erlöß des Erblehns Winterbach, mit 32,650 fl., „an die Gläubiger des verstorbenen Erblehnmanns v. K. „herauszubezahlen."

Dieses Erkenntniß ward vom Oberhofgerichte, nach zugelassenen schriftlichen Verhandlungen, am 7. May d. J. lediglich bestätigt.

Von dem Respicienten wurden bei Entscheidung der Sache drei Fragen aufgeworfen:

1) Ist das Gut W. ein Mann- oder ein Erblehn?

2) Ist solches durch den Tod des letzten Besitzers heimgefallen?

3) Konnte der letzte Besitzer desselben dieses Gut auch ohne lehnsherrlichen Consens gültig verpfänden?

Die Ansicht des Collegii zu diesen drei Fragen zeigt sich aus folgenden

Entscheidungsgründen:

1) „Das Gut W. ist ein wahres Erblehn.

„Diese Eigenschaft ergibt sich aus den vorhandenen

„Erblehnbriefen, indem solches hiernach nicht nur an den „letzten Besitzer, ehe es an die Familie von Kleinbrod „käuflich überging, sondern auch den Mitgliedern dieser „selbst jeweils verliehen wurde, zu einem rechten Erblehn, „das fernerhin auf Mann, Frau, Söhne und Töchter, „auch alle Erben und Nachkommen fallen solle, mit der „Befugniß, solches zu rechtem Erblehn zu haben, zu „nutzen, zu nießen, zu besitzen, entsetzen und zu verkaufen, „und gegen die Verbindlichkeit zu bestimmten Leistungen in „Gelde."

2) „Es kann daher an dieser Eigenschaft nichts ändern, „daß dieses Lehn als ein Ritterlehn in die adeliche Landta„fel des Breisgaues eingetragen gewesen, auch an den „Breisgauer Adel, und nicht an die Vorderösterreichische „Regierung gesteuert habe; endlich auch nicht die Worte in „den Lehnsreversen, daß der jeweilige Besitzer, auf Erfor„dern der Erblehnherrschaft, das Manngericht zu besetzen „hätte; denn die rechtliche Natur desselben ist blos aus den „Verhältnissen des Ober- und Nutzeigenthümers, wie solche „die Lehnbriefe darstellen, zu beurtheilen."

3) „Es erscheinen daher anderweite Attribute, welche „diesem Gute hinzugefügt wurden, als außerwesentlich, und „sie sind in jedem Falle nicht geeignet, dem Successionsrechte, „wie solches jeweils kraft der Lehnbriefe erworben wurde, „irgend einen Eintrag zu thun."

4) „Diese Art Lehn sind, nach §. 2. des Lehnsherrlich„keits-Edicts, der privatrechtlichen Gesetzgebung unterwor„fen, und deren Vererbung geschieht nach der gesetzlichen „Erbfolgeordnung, ja es darf, nach L. R. Satz 1831. „h. d. nicht einmal eine Abweichung davon bedungen wer„den."

5) „Daraus folgt, daß die Allodial-Erben des letzten „Besitzers in das Nutzeigenthum dieses Erblehns succediren, „wenn die Erblehnbriefe sie nicht davon ausschließen."

6) „Letzteres ist nun aber keineswegs der Fall. Viel„mehr soll das Erblehn, nach Inhalt der Lehnbriefe, auf „Mann, Frau, Söhne, Töchter, auch alle Erben „und Nachkommen fallen, und es leidet demnach, nach „Ansicht des Landrechtsatzes 1831. b. b., keinen Zweifel, „daß nach dem Ableben des letzten Besitzers ohne Hinterlas„sung einer Frau, Söhne oder Töchter, dessen erbfähige „Seitenverwandten, zur Succession in das Erblehn be„rufen seyen."

7) „In Erwägung aber, daß die v. Baier'schen „Erben theils durch die vorgelegte, auf legalen Kirchenbuchs„Auszügen beruhende Stammtafel, theils durch das Zuge„ständniß des bezeichneten Blutsverwandtschafts-Verhältnis„ses von Seiten des Großh. Fiscus sich als erbfähige Sei„tenverwandte des letzten Besitzers von W. genügend aus„gewiesen haben, indem hiernach ihre Urgroßmutter Marie „Helbling v. Hirzenfeld, verehelichte von Baier, die „Halbschwester der ersten Erwerberin des Gutes, Maria „Apollonia v. Kleinbrod gebohrne von Pflaumer war, „und besagte Erben mit letzterer im fünften, mit dem letzten „Besitzer aber im achten Grade der Blutsverwandtschaft „stehen."

8) „Daß nach L. R. Satz 755. nur solche Verwandte, „die über den zwölften Grad von einander entfernt sind, „nicht mehr als erbfähig betrachtet werden, ferner

9) „daß ꝛc. — ;

„So stellt sich auf der einen Seite die Behauptung des „Großh. Fiscus, das Erblehn W. sey durch den Tod des „letzten Besitzers, ohne Hinterlassung von erblehnfähigen „Verwandten, dem Erblehnherrn anheim gefallen, als „ungegründet dar; auf der andern Seite erscheinen aber „die Ansprüche der klagenden Erben auf den ganzen Erlöß „dieses Gutes zur Befriedigung der Gläubiger des letzten „Besitzers wohlbegründet, und es ist daher dem Großh.

„Fiscus, welcher sich in dem frühern Proceß dessen Be„sitz zuerkennen ließ, nicht Unrecht geschehen, daß er in „der vordern Instanz zu dessen Ausfolgung sammt Zinsen „verurtheilt worden ist. Unter diesen Umständen kommt es

10) „nicht darauf an, ob der Kläger auf den Grund „der angeblichen Verpfändung von Winterbach, somit noch „aus einem andern Rechtstitel, den Gutserlöß in Anspruch „nehmen könne.“

Berechnung der Ober-Appellations-Summe, wenn mehrere Posten, die auf dem nämlichen Klaggrunde beruhen, in den ersten Instanzen getrennt eingeklagt sind.

(Convert gegen Dürr.)

Martin D. war aus einer von ihm geführten Vormundschaft oder Pflegschaft auf den Ersatz zweier Posten, des einen von 539 fl. 14 kr. und eines andern von 102 fl. 22 kr. belangt. Ohne Zweifel konnten beide Posten in der nämlichen Klagschrift angebracht werden; dieses geschah jedoch nicht, sondern sie wurden in zwei gesonderten Klaglibellen vorgebracht. Eben so wurden sie in zweiter Instanz in zwei verschiedenen Appellations-Libellen behandelt, und sogar zwei verschiedene Vollmachten ausgestellt.

In der dritten Instanz aber wollte Oberappellant, um hinsichtlich des geringeren Postens dem Rechtszuge an das Oberhofgericht Eingang zu verschaffen, behaupten, daß derselbe als Gegenstand der nämlichen Klage angesehen werden, und zugleich mit dem größern darüber entschieden werden müsse.

Diesem Begehren ward jedoch nicht statt gegeben, vielmehr die Oberberufung hinsichtlich dieses Klagpostens, wegen Mangels der Beschwerdesumme, als unstatthaft verworfen.

Denn obwohl die beiden Forderungen verfallen und nicht ganz durch Urkunden erweißlich waren, beide, nach L. R. Satz 1346., in einer und der nämlichen Klage hätten vorgebracht werden können, so hatte sich doch der Oberappellant die Trennung in zwei Instanzen gefallen lassen, und es war ihm nicht erlaubt, durch Verbindung der beiden Klagposten in dritter Instanz die Ordinationssumme herzustellen.

Streit über die Gültigkeit eines Testamentes der Ehefrau, in so weit es den Ehevertrag abändert.

(Intestat-Erben des Caspar Gieser gegen die Testamentserben seiner Frau.)

Der Hergang dieses sehr zweifelhaften Rechtsstreites ist in den Annalen der badischen Gerichte Nr. 25. S. 151. — so viel die beiden untern Instanzen betrifft, umständlich vorgetragen. In der Voraussetzung, daß er aus denselben den Lesern dieser Jahrbücher bekannt seyn wird, soll da fortgefahren werden, wo jener Aufsatz sich schließt.

Bei dem Oberhofgerichte ward in dritter Instanz diese Sache gleichfalls mündlich verhandelt; nach dem Schlusse derselben trug der Mandatar der Intestaterben auf einen Vergleichsversuch an, wozu in Gemäßheit der §§. 791. und 792. der Proceßordnung ein Commissair ernannt ward. Inzwischen wurde die Abstimmung einstweilen zu den Acten notirt, und es mußte, ungeachtet ein Arrangement zu Stande kam, das Urtheil demnächst publicirt werden.

Die Vereinbarung ward nämlich dahin getroffen, daß der durch oberhofgerichtliches Urtheil obsiegende Theil an den unterliegenden eine namhafte Summe auszahlen sollte, und zu dem Ende die Publication des Urtheils vorbehalten.

Dieses Erkenntniß reformirte die beiden vorinstanzlichen dahin:

„Daß das hofgerichtliche und amtliche Urtheil aufzuhe„ben, und die Klägerinnen (die Intestaterbinnen) mit ihrer „erhobenen Klage, unter Verfällung in sämmtliche Kosten, „ab = und zur Ruhe zu verweisen seyen."

Entscheidungsgründe: 1) „Die Ehevertrags„Stipulation vom 31. December 1811. im §. 7. sub lit. a, „wodurch auf den Kinderlosen Vorabsterbensfall des einen „Ehegatten der andere denselben beerben soll, ist allerdings „rechtsgültig, weil die Verfügung des k. R. Satzes 1395. — „wonach während der Ehe keine Eheverträge neu errichtet „werden dürfen, durch das erste Einführungs = Edict zum „neuen Landrecht §. XII. Nr. 4. rücksichtlich der vor dem „1. Januar 1810. geschlossenen Ehen für nachgesehen, und „diesen Eheleuten gestattet worden ist, noch bis zum 31. „December 1811. Eheverträge zu errichten, sohin sich alles „das darin zu bedingen, was Eheleute sich bedingen können, „welche erst nach dem 1. Januar 1810. heirathen; und die „Verfügung dieses transitorischen Gesetzes ist allgemein und „unbedingt, obschon der Veranlassungsgrund zu diesem Ge„setze in den landrechtlichen Bestimmungen über die Fahr„nißgemeinschaft liegt."

2) „Es liegt ein doppelter Verzicht des Caspar Gieser „auf das ihm aus dem §. 7. lit. a. des Ehevertrags vom „31. December 1811. zustehende Successionsrecht vor. „Nämlich dessen in französischer Sprache abgefaßte schrift„liche Erklärung vom 18. März 1831., besagend:

„„Le Soussigné André Gaspard Gieser, ayant mu„„rement réflechi sur les inconvenients qui pouvaient

„„naitre de la Stipulation du §. 7. de son Contrat de „„mariage du 31. Décembre 1811. déclare par les pré- „„sentes, qu'il renonce formellement au droit de suc- „„cession, dont le dit paragraphe fait mention sub lit. „„a., et qu'il authorise son epouse, de disposer par tes- „„tament de ses biens, comme bon lui semblera.““
und dessen Erklärung vor dem Theilungs-Commissariate vom 31. December 1831. des Inhalts:

„„Den eigenhändigen letzten Willen meiner verlebten „„Frau vom 18. Juli 1831. erkenne ich hiermit an, und „„lasse denselben in Vollzug bringen. Ich bemerke, daß Herr „„Franz von Perrot den darin allegirten, von meiner „„Seite ausgestellten Verzichtleistungs-Act in Händen habe, „„und auf Verlangen zu den Acten geben werde.““

3) „Der erste Verzicht, als der auf eine noch unange- „fallene Erbschaft, ist nach L. R. Satz 1130. unwirksam, „und hat blos die Gieser'sche Ehefrau veranlassen können, „ein Testament zu machen; welches sie denn auch in der „Erwartung errichtet hat, daß ihr Mann sein schriftliches „Versprechen vom 18. Mai. 1831. halten würde. Und die- „ses Versprechen hat

4) „Kaspar Gieser auch wirklich gehalten, indem er „nach erfolgtem Ableben seiner Frau, unter dem 1. Decem- „ber 1831. die erwähnte Erklärung vor dem Theilungs- „Commissariat abgelegt hat. Diese Erklärung ist als ein „Verzicht auf das Recht, die letztwillige Verfügung seiner „Frau auf den Grund des §. 7. lit. a., des Ehevertrags „anzufechten, rechtsverbindlich, und also auch für seine Er- „ben wirksam.“

5) „Sie ist auch darum vor der competenten Behörde „geschehen, weil das Amtsrevisorat vom Stadtamt zur Ver- „kündung des letzten Willens der K. Gieser'schen Ehe- „frau beauftragt war, und also auch die Betheiligten sich

„mit ihrer Erklärung auf diesen letzten Willen bei gedachter „Behörde zu äussern hatten; wogegen

b. „der L. R. Satz 784. besagend:

„„daß die Entsagung auf Erbschaften nur in der „„Kanzlei des Bezirksgerichts des liegenden Erbes, in einem „„eigens hierüber geführten Buche geschehen soll““

„darum keine Anwendung findet, weil solcher einen Erben „unterstellt, dessen Erbrecht unbestritten ist; hier aber zwei „verschiedene Erben concurriren, deren Einer, K. Gieser „nämlich, sein Erbrecht auf einen Vertrag, und deren An„derer — die Erben der Ehefrau, das ihrige auf ein Testa„ment gründen, und wo also in der Anerkennung des „Erbrechts der Letztern von Seiten des Erstern nothwendig „ein Verzicht des Anerkennenden auf sein Ehevertrags„mäßiges Erbrecht liegt.“

Bemerk. Man sieht aus diesen Entscheidungsgründen,— welche übrigens, so wie das reformatorische Urtheil, nur von der Majorität beliebt wurden — daß der höchste Gerichtshof mit den Ansichten des Hofgerichts, so wie solche an dem angeführten Orte der „Annalen“ zu ersehen sind, größtentheils übereinstimmte. Die eigentliche Differenz, oder der Grund der verschiedenen Ansicht lag in der Erklärung des K. Gieser vom 1. December 1831., welche das Oberhofgericht als eine Entsagung auf eine bereits angefallene Erbschaft ansah.

Daß man diese Urkunde in ihrer Form für rechtverbindlich hielt, zeigt sich aus dem 5. und 6. oberhofgerichtlichen Entscheidungsgrunde. — Das Hofgericht hatte jedoch dieselbe auch ihrem Inhalte nach für nicht geeignet gehalten, um die Richtigkeit des eheweiblichen Testaments zu heilen, weil sie nicht der Vorschrift des L. R. Satzes 1338. gemäß eingerichtet sey. — Darüber befindet sich in den Entscheidungs-

gründen 3ter Instanz nichts besonderes bemerkt; es liegt indessen in dem Ausspruche des 4. Entscheidungsgrundes, welcher diesen Act als rechtsverbindlich ansieht, schon der Satz, daß dieser Rechtsverbindlichkeit kein Gesetz, also auch nicht der erwähnte L. R. Satz entgegen stehe.

Ob bei der Wiederherstellungsklage die Abnahme des Restitutions-Eides den weitern Verhandlungen vorausgehen müsse, nach dem neuen Proceßverfahren?

(Zipfel gegen Steiert.)

In obiger Sache kam zum erstenmale seit Einführung des neuen Proceßrechts, eine Wiederherstellungsklage an das Oberhofgericht, wo denn die Frage von deren Behandlung, insbesondere aber davon entstand, wie es mit dem Restitutionseide zu halten sey?

Der Restitutionskläger hatte den Vorschriften der neuen Proceßordnung §. 1259. in so fern Folge geleistet, daß er sich in der Klage zum Restitutionseide erboten und Specialvollmacht dazu mit seiner eigenhändigen Namensunterschrift eingereicht hatte.

Es kam aber darauf an, ob über diese Klage sogleich Verhandlungen zugelassen werden sollten, oder ob zuerst der anerbotene Restitutionseid auszuschwören sey? — Für die letzte Ansicht schien zu sprechen 1) der Wortlaut des gedachten §. 1259. „fehlt es daran (an dem Erbieten zum Eide „über die Rechtszeitigkeit), so wird die Klage angebrachtermaßen verworfen."

Woraus man etwa schließen könnte, daß der Restitutions-Eid wesentlich zur Begründung der Wiederherstellungsklage erfordert werde. 2) Der frühere Geschäftsgang unter der vormaligen Obergerichts-Ordnung, wo über den Restitutions-

Libell referirt ward, und ehe der Gegentheil sich darauf einzulassen brauchte, der Restitutionseid ausgeschworen werden mußte. Endlich erwog man 3) daß die weitern Verhandlungen alsdann unnütz werden könnten, wenn der Restitutionskläger, sobald es zu der wirklichen Ausschwörung des Eides komme, sein Anerbieten zu demselben zurücknähme.

Ohngeachtet dieser Gründe nahm man doch die Ansicht an, daß erst nach zugelegten Verhandlungen der Eid abzunehmen sey; weil nach dem Geiste der neuen Proceßordnung kein Erkenntniß in einem Punkte ergehen könne, ehe der Gegner darüber gehört sey. Weil dermalen ein Vortrag, welcher die Zuläßigkeit der Restitution und des zu ihrer Begründung anerbotenen Eides prüfe, nicht mehr vorausgehen könne, und weil der Restitutionsbeklagte bei der mündlichen Verhandlung auch seine Widersprüche gegen den Eid vorbringen dürfe, so daß die Abnahme desselben bis nach geschlossenen Verhandlungen beruhen müsse.

Es ward demnach beschlossen: Die Wiederherstellungs-Klage mit Frist von 28 Tagen dem Gegentheil zur schriftlichen Vernehmlassung zugehen zu lassen, mit einstweiliger Aussetzung des Restitutions-Eides.

Ob die Fatalien der Appellation von der Zeit an zu laufen anfangen, wo der Richter erster Instanz sein Urtheil unmittelbar an das Großh. Fiscalat eingesendet hat?

(Großh. Fiscus gegen den Domainen-Verwalter Klett.)

In der bemerkten Sache erging vom Amte am 2. October 1832. ein Erkenntniß, gegen welches die Appellation vom Großh. Fiscus binnen der gesetzlichen Nothfrist nicht angezeigt ward; ebenso wurde die Appellations-Rechtfertigung erst nach Ablauf der Legalfrist von 42 Tagen bei Großh. Hofgerichte eingereicht.

Es hatte nämlich das Amt Abschriften seines Urtheils und der Entscheidungsgründe, unter der Adresse des Großh. Fiscalats nach Carlsruhe geschickt, wo sie am 12. October 1832. eintrafen. Der Fiscal-Anwalt reichte nun bei dem Hofgerichte der Seeprovinz eine Rechtfertigungsschrift ein, in welcher er zugleich, in Bezug auf §. 1203. der Proceß-Ordnung, um Restitution nachsuchte, in so fern die Schrift nach dem 23. November einkommen sollte. Diese Appellation ward vom Hofgerichte als unstatthaft verworfen, wogegen die Oberberufung eingeführt wurde.

Der fiscalische Anwalt stellte den Satz auf, daß das Hofgericht die Appellation nicht einmal für versäumt hätte erklären können, weil am 12. October 1832. nach der im Regierungsblatte Nr. 55. Seite 445. publizirten Verordnung vom 20. September desselben Jahres, das Großh. Fiscalat rechtlich und factisch gar nicht mehr bestanden hätte, die Insinuation also gleichsam an einen Todten geschehen, und als ungültig zu betrachten sey.

Ferner wollte behauptet werden, daß, wenn eine Insinuation gültig anders, als an den Fiscal-Procurator (nach §. 264. der Proceßordnung), oder den Finanzminister hätte geschehen können, doch der am 24. August 1832. erfolgte Tod des Fiscalats-Directors F. das Fiscalat in eine solche Lage versetzt habe, welche der §. 1205. im Auge habe.

Das Oberhofgericht bestätigte das Urtheil zweiter Instanz, in Erwägung: daß die Appellations-Rechtfertigung erst nach Ablauf der Legalfrist von 42 Tagen bei Großh. Hofgerichte eingereicht worden. — Daß das zugleich mit vorgebrachte Restitutionsgesuch auf keine der gesetzlichen Verhinderungsursachen des Proceßrechtes §. 1205. gegründet worden, indem darunter der Tod des Fiscal-Directors irrigerweise subsumirt werden wolle, da doch nach dessen Tode das Fiscalat, als ein moralischer Körper nach wie vor fortbestanden habe; — daß auch der weitere Restitutionsgrund, wie das Großh. Fiscalat zur Zeit der Zustellung des Er-

kenntnisses erster Instanz an das Großh. Fiscalat, rechtlich und factisch gar nicht mehr existirt habe, die Insinuation daher ungültig und unwirksam sey, als unrichtig erscheine, weil zwar durch eine Verordnung vom 20. September, verkündet den 2. October 1832. das Fiscalat für aufgehoben erklärt worden, dagegen aber durch weitere Verordnung vom 20. October desselben Jahres die Verfügung getroffen sey, daß solche erst mit dem 1. November 1832. in Vollzug gesetzt werden solle.

Bemerk. Ueber die Stellung des Großh. Fiscalats zu Großh. Finanzministerium, ob nämlich Ersteres als Geschäftsträger des Letztern dergestalt anzusehen sey, daß die Insinuation gültig an dasselbe geschehen könnte, und ob nicht daher die Zustellung des Amtsbescheides an den betreffenden Fiscalprocurator oder an Großh. Finanzministerium hätte geschehen müssen, wurden von der Minorität Zweifel erhoben. Sie wurden jedoch beseitigt, theils durch die in den Entscheidungsgründen enthaltenen Momente, theils durch die Bemerkungen, daß der Fiscalprocurator beim Hofgerichte der Seeprovinz, nicht in gleicher Eigenschaft beim Amte Ueberlingen, welches sein Erkenntniß dem Großh. Fiscalate zuschickte, functionirt habe.

Unterschied zwischen einem eigentlichen Vormund oder Pfleger minderjähriger Kinder, und einem vormundschaftlichen Beistande, hinsichtlich seiner Verantwortlichkeit aus L. R.

Satz 450.

(Convert gegen Dürr.)

Dürr ward in der angeblichen Eigenschaft eines Vormundes des Jacob Convert um deswillen gerichtlich belangt, weil er gewisse Gleichstellungsgelder, welche bei dem ältern Bruder, der die väterliche Mühle übernommen hatte,

ausgestanden, nicht in das Grund- oder Pfandbuch habe eintragen lassen, wodurch es geschehen wäre, daß dieser Posten, bei der über das Vermögen des Bruders ausgebrochenen Gant, verloren gegangen sey.

Der Beklagte läugnete, jemals Vormund des Jacob C. gewesen zu seyn; in den Theilungsacten von 1817. erscheine er zwar als Vormund der minderjährigen Convert'schen Kinder, allein es sey ihm keine Vermögens-Verwaltung übertragen worden, und er wäre eigentlich nur vormundschaftlicher Beistand der Convert'schen Wittwe, als gesetzlicher Vormünderin ihrer Kinder, gewesen. Er habe nie die Verbindlichkeiten eines Vormundes gehabt, daher ihm auch nicht einmal die Theilungszettel über die Erbtheile der Kinder zugestellt worden. Erst 1823. wären sie ihm eingehändigt, und er habe alsdann nicht gesäumt, den Eintrag der Gleichstellungsgelder zu besorgen.

Weiter excipirte derselbe, es sey ihm die zur Sicherung des Vermögens der Pupillen nöthige und übliche Instruction nicht ertheilt worden; welches hätte geschehen müssen, wenn er wirklicher Vormund gewesen wäre. Um so mehr, als die Vorschrift des L. R. Satzes 2109. zu den singulairen Bestimmungen gehöre, mit welchen der schlichte Landmann nicht vertraut zu seyn pflege.

Der Kläger blieb dabei stehen, daß nach dem Verpflichtungs-Protocoll vom 9. April 1817. der Beklagte als Pfleger der minderjährigen Kinder bestellt sey, und daß die Wittwe sich den Accisor S. zum Beistande erwählt habe. Er hätte als Pfleger für die Aushändigung der Theilzettel sorgen, und sich eine Belehrung über seine Pflichten vom Amtsrevisorate einholen sollen. Erst als der Verlust bei dem ältesten Sohne schon vorhanden gewesen, habe er die Unterpfänder eintragen lassen. — Vom Beklagten ward darauf erwiedert, daß, da die Wittwe noch einen Geschlechts-Beistand gehabt hätte, er sich nur als den vormundschaftlichen Beistand derselben habe ansehen können, da ihm der Theilungs-Com-

missair ausdrücklich erklärt habe, daß nicht er, sondern die Mutter als Nutznießerin, die Verwaltung des Vermögens bekomme. Demnach habe er sich weder für berechtigt noch für verpflichtet gehalten, die Auslieferung der Theilungszettel zu fordern, und habe er gefehlt, so habe er sich in einem verzeihlichen Irrthume befunden.

Die erste Instanz legte hierauf dem Kläger den Beweis auf, daß Beklagter im Jahre 1817. mit Einwilligung der Wittwe, als wirklicher Pfleger, mit der Verbindlichkeit zur sofortigen Verwaltung des Vermögens für ihn, den Kläger, und nicht blos zu seiner Vertretung bei der Erbtheilung, der eigentlichen Vormünderin gegenüber, aufgestellt worden sey.

Um diesen Beweis zu führen, ward aus dem Verpflichtungs-Protocolle vom 19. April 1817. die Stelle vorgelegt:

„Wurde Martin Dürr als Pfleger für die Kinder des „verstorbenen Convert — verpflichtet."

Und aus dem Vermögens-Verzeichniß, auch Erb- und Abtheilung des Friedrich Convert, folgende Stelle:

„Die Wittwe des Erblassers hat sich zum Beistand den „hiesigen Bürger, Accisor S. erwählt. — Für die vier „minorennen Kinder des Erblassers ist als Pfleger der hie„sige Bürger Martin Dürr aufgestellt, und hat M. Dürr „die Erbschaft für die Kinder angetreten."

Ferner wurden mehrere amtliche Acten beigebracht, in welchen Martin Dürr als Pfleger der C.-schen Kinder aufgeführt war. Daß derselbe sich auch als Pfleger dieser Kinder gerirt habe, wollte aus mehreren vorgelegten amtlichen Acten und einzelnen darin enthaltenen Fällen nachgewiesen werden.

Daraus suchte der Kläger abzuleiten, daß sein Gegner wirklicher Vormund gewesen sey, indem zwar nach L. R. Satz 390. den überlebenden Ehegatten kraft Gesetzes die Vormundschaft zukomme, jedoch die Mutter nicht schuldig sey, nach L. R. Satz 394. die Vormundschaft anzunehmen. Wenn die Mutter Vormünderin ihrer Kinder bleibe, und

der Vater ihr keinen Vormundschafts-Beistand bestellt habe, so müsse das Gesetz ihr einen solchen setzen, und als vormundschaftlichen Beistand, nicht als Pfleger verpflichten, nach dem 2. Einführungs-Edicte zum Landrechte Nr. 16. und 17.

Das Landamt Carlsruhe hielt den gelieferten Beweis nicht für hinreichend, und erkannte: „daß der angetretene „Beweis für mißlungen anzusehen, und Kläger mit seinen „erhobenen Ansprüchen abzuweisen sey."

In der Appellations-Instanz ward, neben Wiederholung mancher früher vorgekommenen Momente, insbesondere der Satz aufgestellt, daß die Wittwe wenigstens stillschweigend die Vormundschaft abgelehnt habe, indem sie eingewilliget hätte, daß Dürr zum Vormunde bestellt worden, statt daß sie, wenn sie die Vormundschaft hätte behalten wollen, einen vormundschaftlichen Beistand hätte haben müssen.

Zwar habe die Wittwe eine Verwaltung des Vermögens anzusprechen gehabt, weil ihr im Inventar die Nutznießung eingeräumt worden, aber nur eine solche, welche nothwendig gewesen, um ihr Recht auszuüben, d. h. um die Früchte aller Art zu beziehen, welche der Gegenstand der Nutznießung abwerfe. Daraus, daß die Wittwe Nutznießerin und Verwalterin des Vermögens gewesen, folge noch keineswegs, daß sie Vormünderin geblieben sey. —

Dagegen wollte vom Appellaten behauptet werden, daß es nichts relevire, ob die Wittwe die Verpflichtung des Dürr habe geschehen lassen oder nicht, weil jeder Vormund, auch der nicht verwaltende, verpflichtet werde. Vormund und Pfleger seyen die allgemeinen Bezeichnungen, sowohl für den tutor gerens, als für den tutor honorarius; unerwiesen wäre es geblieben, daß Beklagter die Eigenschaft des erstern gehabt habe.

Das Hofgericht änderte den amtlichen Bescheid dahin ab: „daß Beklagter schuldig und verbunden sey, dem Kläger „die Summe von 539 fl. 14 kr. mit Zinsen von des Letztern „Volljährigkeit an zu 5 pCt. zu bezahlen."

In der Oberberufungs-Instanz wurden zwei Zeugen darüber vorgeschlagen, daß dem Dürr bei dem Theilungsgeschäfte im Jahre 1817. die Belehrung ertheilt worden, wie er nicht als verwaltender Pfleger aufgestellt sey, sondern die Verwaltung der Mutter, als gesetzlicher Vormünderin, zu überlassen habe. Es ward sich auf die Liste der verwaltenden Vormünder, welche vom Amtsrevisorate geführt sey, und in welcher der Name des Dürr nicht vorkomme, berufen. Endlich erbot der Oberappellant sich noch zum Erfüllungs-Eide.

Nachdem in dieser Sache auf Ansuchen beider Theile schriftliches Verfahren zugelassen worden, erkannte der höchste Gerichtshof am 13. Juni d. J.

„daß hinsichtlich des Klagpostens ad 539 fl. 14 kr. das „hofgerichtliche Urtheil aufzuheben, und das amtliche wieder „herzustellen sey."

Entscheidungsgründe.

1) Wenn schon Martin Dürr am 9. April 1817. als Pfleger für die minderjährigen Kinder des am 14. März 1817. verstorbenen Friedrich Convert verpflichtet worden, so kann er doch nur als vormundschaftlicher Beistand angesehen werden, welcher bei dem Theilungsact von 1817. das Interesse der minderjährigen Kinder gegen jenes der Mutter zu wahren gehabt, weil die überlebende Mutter kraft Gesetzes Vormünderin ihrer Kinder ist, und diese die ihr gesetzlich zustehende Vormundschaft nicht ausdrücklich abgelehnt hat.

2) Wenn gleich Martin D. seit dem Jahre 1819. bis 1823. sich als Pfleger der minorennen Convert'schen Kinder gerirt hat, so können doch diese nachherigen Handlungen auf ein früheres Versehen, auf eine im Jahre 1817. vorzunehmende, aber unterbliebene Handlung nicht bezogen werden, als wegen welcher Kläger sich vielmehr an seine

eigentliche Vormünderin, wenn er damit auszureichen gedenkt, zu halten hat.

Bemerk. Diese Ansicht war nur die der Mehrheit, der Respicient und mit ihm die Minderzahl wollten das hofgerichtliche Erkenntniß bestätigen, indem sie erachteten, daß Martin D. im Jahre 1817. als Pfleger oder Vormund für die Convert'schen Kinder bestellt sey; nicht als Gegenvormund oder blos vormundschaftlicher Beistand, und zwar könne dieses Letztere um so weniger angenommen werden, als er bis zum Jahre 1830. die Geschäfte eines Vormundes besorgt. So habe auch die Wittwe vom Jahre 1817. an bis zur Volljährigkeit ihres Sohnes Jacob nichts gethan, was sie nicht in der Eigenschaft als Nutznießerin des Vermögens ihrer minderjährigen Kinder zu thun berechtigt gewesen wäre; nichts woraus sich schließen lasse, daß sie die ihr Kraft Gesetzes zustehende Vormundschaft über ihre Kinder habe behalten wollen.

Man glaubte ferner, daß wenn auch D. blos als Gegenvormund oder vormundschaftlicher Beistand aufgestellt und verpflichtet gewesen, er doch als solcher verbunden gewesen wäre, binnen sechszig Tagen, vom Theilungstage an, die Eintragung der Gleichstellungsgelder für seine Pfleglinge in das Grundbuch zu bewirken, nach L. R. Satz 2109. Es könne ihm auch nicht zur Entschuldigung gereichen, daß er die specielle Vorschrift jenes L. R. Satzes nicht gekannt habe, weil nach L. R. Zusatz 1. b. das Nichtwissen von bekannt angenommenen Gesetzen, sowohl im Verluste als im Gewinn schade, auch nicht einzusehen sey, warum es dem Beklagten im Jahre 1817. weniger, als im Jahre 1823., möglich und Pflicht gewesen seyn sollte, den Eintrag in das Grund- oder Pfandbuch zu bewirken.

II.

Entscheidungen unter der Herrschaft des ältern Proceßverfahrens.

Digitized by Google

Kann ein Theil der Miterben auf die öffentliche Versteigerung derjenigen Güterstücke, welche andern Miterben im Stücke vermacht sind, zur Regulirung ihres Pflichttheils dringen?

(G. Ackermanns Wittwe zweiter Ehe und deren Kinder gegen G. Ackermanns Kinder erster Ehe.)

Georg Ackermann, der im Jahre 1830. verstarb, hinterließ aus seiner ersten Ehe fünf Kinder, aus der zweiten Ehe deren zwei. — Mit seiner zweiten Frau hatte er im Jahre 1825. einen Ehevertrag errichtet, worin er derselben die lebenslängliche Nutznießung von seinem Vermögen verschrieb, mit dem Beisatze, daß, wenn etwa nach seinem Tode die Kinder ihren Pflichttheil fordern sollten, die Braut an dem ihr ausgesetzten Freitheil vom Vermögen, die lebenslängliche Nutznießung seines Hauses haben solle, und bei einer etwaigen Pflichttheilverkürzung dürften die Kinder die überlebende Ehefrau nicht aus dem Hause vertreiben, sondern müßten sich zur Ergänzung des Pflichttheils mit Geldaufzahlung begnügen lassen.

Im Jahre 1829. errichtete Georg Ackermann einen öffentlichen letzten Willen, worin er seine sämmtlichen Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil setzte, denen der zweiten aber ohne Unterschied des Alters und Geschlechts, als die ihnen kraft Gesetzes und in Folge dieses Testaments gebührende Erbportion vermachte: a. sein Haus sammt Zu-

behör im Anschlag von 1000 fl. b. einen Weinberg im Anschlag von 300 fl. — Von diesem Hause und Weinberg sollte die Wittwe den lebenslänglichen Genuß haben.

Die Wittwe und der Vormund der Kinder zweiter Ehe traten klagend auf, und verlangten von den Kindern erster Ehe, daß die zwei Liegenschaften, welche ihnen der Erblasser in seinem Testamente um einen kindlichen Anschlag vermacht habe, nämlich das Haus und der Weinberg, ohne eine Versteigerung vorzunehmen, zwar nicht in dem Anschlage von 1000 fl. und 300 fl. welcher zu gering sey, wohl aber um 1200 fl. und 337 fl. 30 kr. ausgeliefert werden sollten. Indem Ersteres bei der gerichtlichen Taration zu 1600 fl., Letzterer aber zu 450 fl. abgeschätzt sey; davon aber ein Viertheil abgehen müsse, weil das Testament ergäbe, daß der Erblasser sie, gegen seine Kinder erster Ehe, die er auf den Pflichttheil gesetzt, um ein Viertheil habe begünstigen wollen. Sie beriefen sich auf die Verordnung vom 23. März 1808. §. 11.

Die beklagten Kinder erster Ehe widersetzten sich diesem Begehren, weil ihnen ihr Pflichttheil unbelastet bleiben müsse, daher die Versteigerung der fraglichen Liegenschaften nöthig sey, welche durch die Vortheilsgerechtigkeit, für welche ohnehin kein Ortsgebrauch erweislich sey, nicht gehindert werde, weil eine solche nicht mit Hintansetzung der gesetzlichen Vorschriften über den Pflichttheil ausgeübt werden könne.

Die erste Instanz hielt das Begehren der Kinder zweiter Ehe für begründet, wieß den Antrag der Kinder erster Ehe auf Versteigerung ab, und erklärte sie für schuldig, das Haus zu 1200 fl. und den Weinberg zu 337 fl. 30 kr. ihren Geschwistern zu überlassen.

Die zweite Instanz wieß jedoch die Kinder zweiter Ehe mit ihrem Verlangen, das Haus ihnen um 1200 fl. und den Weinberg zu 337 fl. 30 kr. zu überlassen, ab, und ordnete eine öffentliche Versteigerung an.

Dagegen ward die Oberappellation ergriffen.

Das Oberhofgericht reformirte das Urtheil des Hofgerichts theilweise dahin: „daß dasselbe, in so weit es die „Kläger mit ihrem Antrage auf Ueberlassung des fraglichen „Wohnhauses um den Anschlag von 1200 fl., und des Wein„berges um den Anschlag von 337 fl. 30 kr. abweiset, zu „bestätigen; in so weit dasselbe aber die öffentliche Verstei„gerung dieser Liegenschaften zuläßt, dahin abzuändern „sey, daß der Werth beider Liegenschaften durch von beiden „Seiten zu ernennende Sachverständige unter amtlicher Lei„tung auszumitteln, und dieser Werth demnächst bei Berech„nung des Pflichttheils der Beklagten zum Grunde zu legen „sey, mit Vergleichung der Kosten.“

Der oberhofgerichtliche Referent, dessen Ausführung das Collegium beitrat, untersuchte zuerst: ob der Vater befugt gewesen sey, seinen Kindern zweiter Ehe die beiden fraglichen Liegenschaften in Natur oder im Stück durch Testament zu vermachen? Diese Befugniß wollte von den Beklagten in Bezug auf L. R. Satz 925. bestritten werden, weil der Vater bei Eingehung der zweiten Ehe, durch den Heirathsvertrag von 1825. seine Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil gesetzt, und über den Freitheil verfügt habe. Freigebige Verfügungen in Heirathsverträgen würden aber nach den L. R. Sätzen 1081., 1093. und 1098. zu den Schenkungen unter Lebenden gerechnet, und wenn sie den Pflichttheil erschöpften, so wären nach Satz 925. alle weitern Verfügungen kraftlos, also auch die im §. 2. des Testamentes zum Besten der Kinder zweiter Ehe getroffenen Verfügungen über Haus und Weinberg.

Daraus würde freilich zu folgern gewesen seyn, daß diese beiden Realitäten in die Erbmasse gefallen wären, und der Versteigerung unterliegen müßten. Allein der Referent wollte diesem L. R. Satze für den vorliegenden Fall keine

Anwendung geben. Denn man könne nicht sagen, daß der Werth der im Ehevertrag gemachten Schenkung das eine Viertel des Freitheils erschöpft habe, indem der Frau nichts weiter als die lebenslängliche Nutznießung an diesem Freitheil — die Nutznießung des Hauses — zugetheilt worden, und zwar in der Art, daß, wenn dadurch die Kinder erster Ehe in ihrem Pflichttheile verkürzt würden, sie zur Ergänzung sich mit einer Geldzahlung begnügen sollten. Ueber das Eigenthum habe der Erblasser immerhin verfügen können, ohne Verkürzung des Pflichttheils. Das Testament bestätige nur den Ehevertrag auf eine vollständigere Weise, so daß der letzte Wille offenbar mit der Schenkung im Ehevertrage in Gegenstoß komme; der Satz 925. unterstelle aber eine solche, die er jedoch nicht für ungültig erkläre, sondern nur für kraftlos, weil sie nicht vollzogen werden könne.

Wären durch einen zu niedrigen Anschlag die Beklagten in ihrem Pflichttheile verletzt, so folge daraus nicht, daß das Vermächtniß im Stück ungültig sey, sondern nur, daß der Anschlag nicht rechtlich bestehen könne; dieses ergäbe sich aus L. R. Satz 920. und 926.

Daraus folge, daß die Kinder erster Ehe sich der öffentlichen Versteigerung der den Kindern zweiter Ehe vermachten Liegenschaft nicht als eines Mittels bedienen könnten, um das an sich gültige Vermächtniß unwirksam zu machen, sobald andere gesetzliche Mittel zur Erreichung des wahren Werthes der Liegenschaft vorhanden seyen.

Der Zusatz 827. c. im Landrecht verordne, daß die Versteigerung wegfallen müsse, wenn ein Rechtstitel Einem der Erben ein Recht auf den Besitz einer bestimmten Liegenschaft gäbe.

Nun beriefen sich zwar die Beklagten, um in den Besitz des fraglichen Hauses und Weinbergs zum Zwecke der Versteigerung zu gelangen, auf die L. R. Sätze 826. u. 827. Allein diese Gesetzesstellen handelten von Erbschaftstheilungen

unter Inteſtaterben, wo der Verſteigerung keine teſtamentariſche Dispoſition entgegen ſtehe. Sie ſprächen nicht von dem Falle, wo ein einzelner Rechtstitel — ein väterliches Teſtament — Einem der Kinder einen Anſpruch auf eine beſtimmte Liegenſchaft im Stück gäbe, die alſo folgeweiſe nicht veräuſſert werden dürfe.

Auch der k. R. Satz 866., auf welchen die Beklagten ſich ſtützten, könne nicht in Anwendung kommen, weil die Einwerfung nicht erlaſſen, ſondern vom Geſchenkgeber und Teſtirer beſtimmt ſey, daß er, wie der Mehrempfang, zur Befriedigung der Pflichttheilserben berichtigt werden ſolle.

Unter dieſer Vorausſetzung, daß auf einſeitiges Verlangen der Beklagten keine Verſteigerung der Güterſtücke vorgenommen werden dürfe, erörterte der Referent die weitere Frage: ob die Kläger verlangen könnten, daß man ihr Gebot als einen richtigen Anſchlag annähme? — Dieſe Behauptung — ſagte er — wolle auf die k. R. Sätze 827. c. u. d. geſtützt werden. Das Haus und der Weinberg ſollten bei der Vermögens-Aufnahme zu 1600 fl. und 450 fl. angeſchlagen ſeyn, wovon drei Viertheile 1200 fl. und 337 fl. 30 kr. betrügen. Dieſes ſey alſo der erlaubte Anſchlag, da der Vater ein Viertheil unter dem wahren laufenden Verkaufswerth bleiben dürfe, und er den Anſchlag des Ganzen weit geringer gemacht habe.

Der Referent verwarf dieſe Anſicht, weil das Gebot der Kläger eine Verletzung des geſetzlichen Erbtheils der Beklagten in ſich faſſen würde. Der Vermögenstheil, worüber der Vater nicht hätte verfügen können, habe, bei der Zahl von ſieben Kindern, in drei Viertel ſeines ganzen Vermögens beſtanden, alſo einſchließlich des beſtrittenen Hauſes und Weinberges in ihrem vollen wahren Werthe. Werde nun aber von dieſem vollen wahren Werthe ein Viertheil von den Klägern ab- und zu ihrem Erbtheile gezogen, ſo liege darin eine Verkürzung des Pflichttheils, welche die Beklag-

ten um so weniger schuldig seyen, sich gefallen zu lassen, als sie schon ohnehin auf den Pflichttheil gesetzt worden, und die Kläger auch noch von jenen drei Viertheilen, über welche der Vater nicht disponiren dürfe, zwei Siebentheile bezögen. — Die von der Vortheilsgerechtigkeit sprechenden L. R. Sätze litten keine Anwendung auf den ausserordentlichen Fall, wo Kinder durch ein Testament auf den Pflichttheil gesetzt worden, und der nach L. R. Zusatz 827. d. den Eltern erlaubte Anschlag von ein Viertel unter dem wahren Werthe, den Pflichttheil verletze. Der Pflichttheil solle nach den Gesetzen ungeschmälert bleiben, und man dürfe nicht annehmen, daß jener Zusatz von dieser allgemeinen unverletzlichen Vorschrift habe abgehen wollen.

Endlich fragte es sich noch: ob die bei der Verlassenschafts-Aufnahme erhobene Abschätzung des Hauses und Weinberges zu 1600 fl. und 450 fl. genüge, um den Pflichttheil auszumitteln, oder ob man auf eine weitere Abschätzung, wie sie die Beklagten in eventum verlangten, zurückkommen müsse?

Die Kläger hatten sich, um die Schätzung aufrecht zu erhalten, auf den L. R. Satz 466. berufen und auf die Verordnung über den Vorzug am untheilbaren liegenschaftlichen Erbe im Reg. Blatt von 1808. S. 93. §. 11. *) mit der Bemerkung, daß der Anschlag durch die vom Amte bestellten ständigen Baugeschwornen geschehen sey.

Die vorliegende Abschätzung ward jedoch nicht für rechtsgenügend angesehen. Denn die angezogenen Gesetze sprächen nur von freiwilligen Theilungen, im Gegensatze von con-

---

*) „Der Anschlag, in welchem der Vortheilsberechtigte das Gut „zu übernehmen hat, wenn er nicht durch Verordnung des „Erblassers oder durch Erben gleich gemacht ist, muß durch „Schätzung des Waisengerichts, oder der sonst jeden Orts „dazu verordneten Personen bestimmt werden."

tentiösen. Werde der Werth des zu vertheilenden Gegenstandes contentiös, so komme der k. R. Satz 824. zur Anwendung, welcher vorschreibe, daß die Abschätzung durch Sachverständige geschehen solle, welche die Parthieen zu wählen hätten.

Bemerk. Anderer Ansicht war der Referent zum Libelle, dem jedoch die Mehrheit damals nicht auf Verwerfung der Oberberufung beitrat. Er stellte die Sätze auf:

1) Der gesetzliche Vorbehalt an der Verlassenschaft des Vaters, da er mehr als drei Kinder hinterlasse, oder der Pflichttheil, bestehe in drei Viertheilen des gesammten Vermögens.

2) In Anwendung des k. R. Satzes 917. müsse der Grundsatz fest stehen, daß nachdem G. Ackermann seine Kinder erster Ehe auf den Pflichttheil gesetzt gehabt, ihm keine weitere Befugniß zugestanden habe, weitere Verfügungen zu treffen, wodurch diese in dem ihnen gesetzlich gebührenden Erbtheil hätten verkürzt werden können.

3) Die Beklagten wären daher nicht schuldig, sich mit der bei der Inventur erhobenen Taration jener Liegenschaften zu begnügen, da schon darin ihre Verkürzung liege, indem allein eine öffentliche Versteigerung der Liegenschaften das gesetzliche Mittel zur Bestimmung des wahren Werthes derselben sey, auf dessen Anwendung jeder Theilhaber an solchen Liegenschaften bestehen könne.

Wolle man auch die Anwendung des k. R. Satzes 925. bezweifeln, weil er nur von Schenkungen unter Lebenden rede, so sey doch zu berücksichtigen, was Zachariä fr. Civ. Recht B. 4. S. 293. Not. 16. sage, daß nämlich derselbe in der Regel auch auf die Schenkungen auf den Todesfall anwendbar sey, der Grund, warum der Artikel nur der erstern erwähne, wäre, weil bei den letztern die Regel allerdings Ausnahmen leiden könne.

Das Begehren, die Realitäten öffentlich zu versteigern, rechtfertige sich aber noch insbesondere durch L. R. Zusatz 577. b. g. L. R. Sätze 826. und 827. und die Zusätze 801. a u. b.

4) Den Einwand der Kläger, daß ihr Vater von der Verordnung vom 23. März 1808. Gebrauch gemacht habe, nach welcher der wahre Werth der an die Vortheilsberechtigten zu überlassenden Liegenschaften nicht durch öffentliche Versteigerung, sondern durch Schätzung des Waisengerichts ermittelt werden sollte, hielt der erste Referent für unerheblich. Die L. R. Sätze 827. a. u. folg. wären eine Singularität des Badischen Rechts, gegen die man nicht aus allgemeinen Grundsätzen des franz. Rechts argumentiren könne.

Er gab zwar zu, daß das Badische Landrecht das Institut der Vortheilsgerechtigkeit aufgenommen habe, und daß insbesondere die Verfügungen des L. R. Zusatzes 827. c. u. d. zu beachten seyen, erinnerte aber, daß es die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen seyn könne, die Lehre von dem Pflichttheil, in so weit Beide nicht neben einander bestehen könnten, ausser Kraft und Wirkung zu setzen. Davon finde sich keine Spur, und von der andern Seite sey es richtig, daß derjenige, den der Erblasser auf den Pflichttheil gesetzt habe, diesen Theil ungeschmälert erhalten müsse, welches im vorliegenden Falle nicht geschehen könne, wenn die Kinder erster Ehe auch noch den vierten Theil des Werths jener Liegenschaften zurücklassen müßten. Da nun der volle Erlöß derselben mit dem übrigen liegenden und fahrenden Vermögen zusammengenommen werden müsse, um daraus den Pflichttheil auszumitteln, und vortheilsberechtigte Erben mit solchen, welche auf den Pflichttheil gesetzt worden, concurrirten, so könnten die Letztern fordern, daß die Güterstücke, an welchen die Erstern eine Vortheils-Gerechtigkeit hätten, öffentlich versteigert würden. Ohne dieses zuzulassen, würde Einer der Mittheilnehmer einen größern Antheil er-

halten, als die Gesetze erlaubten. Eine Begünstigung eines oder einiger Erben um ein Viertheil, könne in einer elterlichen Theilung nur in so weit für rechtsbeständig angesehen werden, als der Freitheil nicht schon durch andere Verfügungen erschöpft sey.

Ob die Trunkenheit einen gültigen Rechtsgrund zur Annullirung eines Vertrages abgibt?

(Seraphin Schmitt gegen Knoll.)

Schmitt und Knoll schlossen am 25. Februar 1829. einen Kauf-Contract mit einander ab, worüber eine schriftliche Urkunde verfaßt und jedem Theile ein Exemplar zugestellt ward. Bald darauf zeigte der Käufer bei Amte an, daß sein Verkäufer den Vertrag nicht halten wollte, und bei der mündlichen Verhandlung brachte K. unter Anderm vor; der Handel sey in der späten Nacht im Wirthshause vor sich gegangen, und er könne allenfalls durch Zeugen beweisen, daß er betrunken gewesen sey, und kaum gewußt habe, was für einen Handel er eingehen wolle. Der Kläger widersprach dieser Angabe der Trunkenheit, und es wurden deßhalb mehrere Zeugen vernommen, welche darin übereinstimmten, daß K. am Abend, wo der Handel abgeschlossen worden, ziemlich betrunken gewesen sey; über den Grad der Trunkenheit hatten sie verschiedene Ansichten.

Das Amt erkannte hierauf am 14. August 1829. „es „sey der unter dem 25. Hornung 1829. abgeschlossene Kauf — „als gültig und zu Recht bestehend zu erklären, und daher „der Beklagte verbunden, solchen seinem Inhalte nach, über „jeden Vertragspunkt zu halten und zu beachten.“

In der Appellations-Instanz ward vertheidigt, daß die Trunkenheit ein rechtlicher Grund der Vertragsunfähigkeit sey, und man berief sich auf die Aussagen der abgehörten Zeugen darüber, daß K. zur Zeit des abgeschlossenen Handels wirklich betrunken gewesen. Dagegen behauptete der Appellat, daß keiner der Zeugen einen solchen Grad von Trunkenheit bei dem Beklagten wahrgenommen haben wolle, welche ihn zur Einwilligung unfähig gemacht habe. Er behauptete, daß vor Abschluß des Handels im Wirthshause nichts getrunken, erst nachher wäre gezecht worden. Es wurden Gegenzeugen vorgeschlagen, von denen der Eine auf seinen Eid versicherte, daß K. zwar Wein im Kopf gehabt, und bis zur Unterschrift des Contracts sehr besoffen gewesen sey, doch nicht so arg, daß er nichts von sich gewußt habe. Der andere Zeuge wollte gar keine Trunkenheit an K. bemerkt haben, ehe er in das Wirthshaus gekommen. Vor der Niederschreibung des Kaufes sey freilich getrunken worden, aber nicht so, daß sie nicht gewußt hätten, was sie thäten; da er K. nicht genau kenne, so wisse er nicht, in welchem Grade derselbe betrunken gewesen sey; ebenso deponirte der dritte Zeuge.

Es erging hierauf vom Hofgerichte am 15. Jänner 1831. ein das Amtserkenntniß lediglich bestätigendes Urtheil, worauf die Sache an die dritte Instanz kam, in welcher wegen des Nichtigkeitsgrundes, der aus der Trunkenheit hergenommen werden wollte, nichts Neues vorkam.

Nach dem Antrage des ersten Referenten wurden Processe erkannt; dieser drückte sich über die Trunkenheit, als Nichtigkeitsgrund des Handels, so aus:

„Wenn gleich durch die Zeugen nicht ein solcher „Grad der Betrunkenheit des K. bewiesen ist, daß ihn die„selbe ganz bewußtlos gemacht habe, so ist doch so viel „gewiß, daß K. in Freiburg auf dem Viehmarkte war, daß „er von da schon betrunken in das Wirthshaus kam, dort

„wieder die Zeit von 6 bis 10 Uhr in einem Trinkgelage „zubrachte, bei der Abschließung des Vertrags sich in einem „hohen Grade von Betrunkenheit, und daher bei seinem „ohnehin vorherrschenden Hange zur Verschwendung sich „nicht in einem solchen Zustande befand, um mit reifer „Ueberlegung einen nicht unwichtigen Güterkauf abschließen „zu können."

In der Einwendungsschrift äusserte sich Oberappellat über die angebliche Trunkenheit seines Gegners dahin. Es sey nirgends im Gesetze einem Betrunkenen die Vertragsfähigkeit entzogen worden, und da es viele Grade der Trunkenheit gäbe, so könne nur der die Willensfreiheit aufhebende Grad eine solche Unfähigkeit zur Folge haben, weil Verträge nur durch Willensfreiheit zu Stande kämen. Ein solcher Grad der Betrunkenheit wäre aber hier nicht erwiesen, und bei dem Verkäufer, dem das Trinken sehr zum Bedürfniß geworden, nicht zu unterstellen. Er habe noch nach der Unterzeichnung fortgezecht, und bei seinen Einreden auf die Klage recht gut die nähern Umstände anzugeben gewußt, welche bei der Unterzeichnung der Urkunde vorgefallen wären.

Der Erfolg dieser Verhandlungen in dritter Instanz war ein reformatorisches Erkenntniß dahin: „daß der unterm 25. Februar 1829. abgeschlossene Kauf — als nicht „zu Recht bestehend zu erklären, und daher Kläger mit „seiner Klage auf Erfüllung dieses Kaufs abzuweisen sey."

Dieses Urtheil gründete sich auf die Ansicht der Majorität, welche mit den beiden Hauptvotanten annahm, daß der Beklagte sich zur Zeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nicht in einem Zustande der Vertragsfähigkeit befunden habe. Der Referent hatte sich darüber folgendermaßen geäußert:

„Wenn gleich der k. R. Satz 1124. die Betrunkenen „nicht unter diejenigen rechnet, welche Verträge abzuschlie-

„ßen unfähig seyn sollen, so folgt doch daraus keineswegs, „daß der Vertrag, welchen ein bis zum Grade der Be„wußtloßigkeit berauschter Mensch eingegangen ist, nicht als „ungültig angefochten werden könne; denn für das Eine er„wähnt der L. R. Satz 1124. der Betrunkenen darum „nicht, weil das Gesetz blos die in einem bleibenden Zu„stande der Vertragsunfähigkeit sich Befindenden anführen „wollte, der Zustand des Betrunkenen aber, so wie der ei„nes Schlafenden oder Träumenden, blos vorübergehend „ist. Für das Andere aber ist nach L. R. Satz 1108. „Einwilligung desjenigen Theiles, der verbindlich werden „soll, ein wesentliches Erforderniß der Vertragsgültigkeit, „und eine solche Einwilligung läßt sich ohne Bewußtseyn „desjenigen, worin man einwilligen soll, nicht denken."

Aus den Zeugen-Aussagen erörterte nun der Referent weiter, daß K., ein Gewohnheitstrinker, schon berauscht von Freiburg nach Lehen gekommen, und dort unter fortwährendem Trinken von 6 bis 10 Uhr Abends den Handel mit dem Kläger abgeschlossen habe. Daß nach eines Zeugen Aussage die Unterhandlung zwischen dem Käufer und Verkäufer so verwirrt gewesen, daß man nicht habe verstehen können, was sie eigentlich gewollt. Daß endlich keiner der Zeugen habe behaupten können, daß K. zu einem so wichtigen Handel die nöthige Geistesgegenwart gehabt habe; dem noch hinzukomme, daß nach der Abschätzung des Ortsvorstandes, die für 420 fl. verkaufte Liegenschaft, einen Werth von 600 fl. habe. Da es nun auf jeden Fall nach den Zeugenaussagen zweifelhaft bleibe, ob K. bei Abschließung des Handels bis zur Bewußtlosigkeit berauscht gewesen, oder nicht, so müsse bei diesem Zweifel die Rechtsregel eintreten: **melior est conditio ejus, qui certat de damno vitando, quam ejus, qui de lucro captando certat.** —

Bemerk. Die Minorität, welche auf Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils antrug, hatte dazu folgende gewich-

tige Gründe. Betrunkene seyen im 2. Abs. des 2. Kapitels 3. Tit. 3. Buchs des Landrechts nicht für Vertragsunfähig erklärt, es könnten also im Zustande der Trunkenheit geschlossene Verträge nicht schon darum von demjenigen Paciscenten, der sich in diesem Zustande befunden habe, als ungültig angefochten werden, wenn nicht etwa dieser Zustand von dem andern Theile benutzt worden sey, um einen Betrug zu spielen; dann aber werde der Vertrag wegen des gespielten Betrugs angefochten. Sehr viele Verträge würden in dem Zustande der Trunkenheit des einen oder andern Theils geschlossen, insbesondere sey es bei den öffentlichen Versteigerungen auf dem Lande üblich, daß dabei viel getrunken werde, und dennoch würden solche, ungeachtet der Trunkenheit der Steigerer, nicht für ungültig erklärt werden können. Die Aussagen der Zeugen wären im vorliegenden Falle sehr schwankend, daß sich der Beklagte in einem Zustande der Bewußtlosigkeit befunden, sey von ihnen beabredet, dagegen aber behauptet worden, daß beide Contrahenten betrunken gewesen seyen.

Dieser Ansicht ward indessen entgegengesetzt: Wenn der Satz 1124. die Betrunkenen nicht unter diejenigen Personen rechne, welche Vertragsunfähig seyen, so spreche doch der Abschnitt, in welchem der Satz vorkomme, nur von jenen Fällen, wo zwar eine freie Einwilligung vorliege, diese Einwilligung aber entweder kraft Gesetzes unzureichend, oder in bestimmt genannten Fällen, wegen besondern Verhältnissen ungültig sey; nicht aber von jenem Falle, wo es am Wesen des Vertrags, d. h. an einer freien Einwilligung selbst fehle. Einwilligung erfordere Erkenntniß des Objects, welches der Wille begehre, und Freiheit der Willensbestimmung selbst. Beides wäre in dem Zustande eines in hohem Grade Betrunkenen nicht vorhanden. Es bedürfe nämlich nicht einer Trunkenheit bis zur Bewußtlosigkeit d. h. bis zur gänzlichen Aufhebung des Verstandes

und Willens, sondern es genüge, daß dieser oder jener in seiner Selbstthätigkeit bis zu jenem Grade gehindert gewesen sey, der ein nach Zweckbegriffen bestimmtes Begehren nicht mehr unterstellen lasse. Letzteres sey aber in gegenwärtigem Falle offenbar vorhanden.

Es ist wohl kaum nöthig, zu erwähnen, daß die Ansicht der oberhofgerichtlichen Majorität nur mit großer Vorsicht und keineswegs ausdehnend anzuwenden sey. Denn zu wie vielen Processen würde der Satz führen, daß die Trunkenheit, wenn auch nicht zur Bewußtlosigkeit gesteigert, doch den freien Willensgebrauch hindere, und daher ein rechtlicher Grund zur Aufhebung eines Vertrags sey! Wird doch auch in Criminalfällen nicht jede Trunkenheit zur Entschuldigung des Inquisiten zugelassen, sondern nur eine solche, die zur Zeit der That seinen freien Willen hemmte, oder mit andern Worten ihn zurechnungsunfähig machte. Auch bleibt es immer auffallend, wenn der eine Theil aus einem selbstverschuldeten Zustande der Willensbeschränkung Vortheile für sich in Anspruch nehmen könnte. — Ob der Beweis eines solchen Grades der Trunkenheit im concreten Falle nachgewiesen war, blieb allerdings zweifelhaft, doch hat das Collegium dieses angenommen, wenigstens in so fern, als es den freien Willen des Beklagten durch seinen trunkenen Zustand für gehemmt ansah; auf den Satz selbst kann dieses weiter keinen Einfluß haben.

III.

Gegenstände des peinlichen Rechts.

Digitized by Google

Majestätsverbrechen und attentirter Hochverrath.

(Untersuchungssache gegen den praktischen Arzt Herr von Herbolsheim und den Rechtspractikanten Busch von Riegel.)

I.

Der praktische Arzt Herr zu Herbolsheim, von Achern gebürtig, 28 Jahre alt, ward des Attentats zum Hochverrath, so wie des Verbrechens der beleidigten Majestät beschuldigt. Gründe zu dieser Anklage gingen nicht nur aus seinen in Beschlag genommenen Papieren, sondern auch aus den eidlichen Aussagen mehrerer in dieser Untersuchungssache vernommenen Zeugen hervor.

Daraus schien sich zu ergeben, daß der Angeschuldigte a. mit Individuen in Verbindung gestanden sey, welche ihr Ziel auf nichts Geringeres als die Revolutionirung Deutschlands gerichtet hatten. b. Daß er als Mitglied dieser Verbindung, in seiner nächsten Umgebung zu Herbolsheim, selbst einen Verein gestiftet und sich an dessen Spitze gestellt hatte, um die dortigen Gemeindsglieder für die Grundsätze des Ultra-Liberalismus vorzubereiten und zu gewinnen.

Die den Inculpaten gravirenden, bei ihm vorgefundenen Papiere bestanden 1. in einem Schreiben des bekannten

Harro-Harring d. d. Strasburg den 28. April 1832. nebst einem Pack ungebundener Bücher. Das Schreiben lautete:

„Deutschen Gruß zuvor!

„Mein Freund K-i übergab mir Ihr vortreffliches Gedicht „Aufruf," welches ich mit Freuden in meine Sammlung „ähnlicher Lieder „Männerstimmen zu Deutschlands „Einheit" aufnehme, die schon in der Presse ist. Sobald „als möglich sende ich Ihnen einen Probebogen, und dann „etwa 100 Exemplare zur Verbreitung in Ihrer Gegend. „Hierbey, deutscher Freund, 50 Exemplare „Gedanken „über Wahrheit" zu 9 kr. Ihrer Theilnahme em„pfehlend ꝛc."

2. Weiter fand man bei Herr ein Schreiben des Rechtspractikanten Busch d. d. Freiburg den 19. März 1832. an ihn, des Inhaltes: „Freund, siehe dich mit Pulver „und Blei vor und halte dich Marschfertig; in kurzer Zeit „wird der Gallische Hahn krähen. Mögen dann die Män„ner Deutschlands nicht unvorbereitet seyn und schlafen, „wie im Juli! Es sind hier aus Frankreich sehr gute „Nachrichten eingelaufen; die neue Revolution zur Errichtung „einer Republik kann unmöglich lange ausbleiben. Die Kar„listen haben sich mit den Republikanern zum Umsturz des „jetzigen Königthums vereinigt. Verschwörungs-Acte wer„den der Empörung wenigstens großen Vorschub geben. „Darum freue dich, deutscher Mann, und sey getrost, es naht „der Tag der Freiheit, und du wirst dein Volk in seinem „Glanze sehen, oder wenigstens den Glanz zu erobern Ge„legenheit finden. Scheue keine Mühe, suche ununterbro„chen und unverdrossen durch neue und gute Rekruten zu „verstärken. Ich glaube, der junge W. ist ein tüchtiger „Kämpe, der sich auf Leben und Tod uns ergeben hat u. s. w. *)

*) Den Rath, sich mit Pulver und Blei zu versehen, scheint

Es fand sich 3. unter den Herr'schen Papieren vor: ein Schreiben des Studiosus Herold von Frankfurt, d. d. Lörrach und Basel vom 20. März 1832. an Rechtspractikant Busch, in welchem unter andern die Stelle vorkam:

„Der Freisinnige enthält die erschreckliche Kunde von „einem K. Baier'schen Feldzug gegen unser Preßgesetz. „Wenn alle Gäste, was sie jetzt beschlossen, auch künftig be„haupten wollen, so führen wir bald einen Krieg für Frei„heit und Vaterland im Namen der Ehre unsers deutschen „Volkes. *) R. und G. I. begeisterten sich an dem Gedan„ken an deutsches Volksthum, und scheinen die Gewißheit „zu haben, daß Hessen, Franken, Schwaben und die „Rheinlande, zum Theil auch Ober- und Niedersachsen an „unserm Kampfe Theil nehmen würden ꝛc. — Vergiß nicht, „nach Herbolsheim zu schreiben, die Lörracher kennen den „Herr, und erinnern sich seiner gern ꝛc."

Ein anderes Schreiben desselben an denselben d. d. Lörrach den 19. März 1832. sagte: „Schon 3 Tage auf „Reisen, mit mehreren hundert Menschen gesprochen habend, „nenne ich dir blos zwey. Einen hier, den Karl W., und „Einen in Müllheim, den Apotheker V., und doch ist es „schön. Tausend Verzagte machen mich nicht so kleinmüthig, „als ein freier Mann mich freudig aufrichtet. Laß uns im„mer fester an einander halten."

4. Ein Schreiben des Studenten T. an Herr vom 9. May 1832., welches sich auf die von Schüler, Savoye und Geib in Zweibrücken projectirte Bildung des deutschen

---

Inculpat nicht unbeachtet gelassen zu haben. Man fand nämlich in seiner Wohnung 30 Stück scharfe Patronen, welche er jedoch nur, um sie auf der Jagd zu gebrauchen, angefertigt haben wollte. Ueber diesen Umstand verbreitete sich die Untersuchung nicht weiter.

*) Diese Stelle des Briefes bezieht sich auf ein Gelag, bei welchem Herold mit Andern versammelt war.

Vaterlands-Vereins zur Unterstützung der freien Presse bezieht, und worin Dr. Herr aufgefordert wird, so viel als möglich zur Organisirung der deßfallsigen Local-Commitée beizutragen.

5. Ein Schreiben des Studenten Schultheiß von St. Georgen d.d. Tübingen den 7. May 1832. an Dr. Herr. Er klagt, daß im Würtembergischen noch der Servilismus herrsche, daß der Liberalismus dort als eine Lächerlichkeit betrachtet werde, daß in keinem Wirthshause der „Freisinnige," vielweniger der „Wächter am Rhein" anzutreffen sey ꝛc.

6. Ein Schreiben des praktischen Arztes B. in Rust an Herr d. d. Freiburg den 21. März 1832., worin Folgendes vorkommt:

„Die Herrn Aristokraten, wenigstens einige von ihnen, „werden hier seit einiger Zeit recht impertinent. So hatte „man die Presse des Freisinnigen versiegelt; Herr von Rot„tek aber riß das Siegel ab, und warf es ihnen vor die „Füße ꝛc. Das Schaaf (Stadtdirector) nimmt sogar den „Freisinnigen vom Museum weg, wird dafür zu Rechen„schaft gezogen. — Man vermuthet sehr, daß dieses Alles „mit Blut endigen werde; ist auch recht. Noch Eins. „Herold kam vergangene Woche wieder hierher, er wollte „einige Zeit hier bleiben; ich sagte ihm, daß du gerne „seine Adresse wüßtest."

7. Ein Brief des Stud. med. M. an Dr. Herr, Freiburg den 9. Juni 1832. „Mein Freund Schultheiß „schreibt mir von Tübingen, ich möchte Ihnen das Gedicht „über die Preßfreiheit, das neue Evangelium, schicken, „was Sie hiermit erhalten. — Werden Sie oder Einige „von den Ihrigen das Fest in Badenweiler besuchen? Von „Rottek, Welker u. s. w. werden es mit ihrer Anwe„senheit verherrlichen, und feierliche Reden halten, trotz des „Verbots der freien öffentlichen Rede, nicht achtend jenes

„schandbaren Edicts, und zwar um zu zeigen, daß man „es nicht achte.“

8. Ein Schreiben von Philipp E. von Durlach d.d. Kork den 25. May 1832.

„Wollen Sie so gefällig seyn, und mir fragliche Flug„schriften, wenn Ihnen solche von Zweibrücken aus für „mich zukommen, per Post schicken. Es nennen sich hier „und in der Gegend noch viele Leute liberal; aber die Er„fahrung hat mich gelehrt, daß diese guten Leute vor jeg„lichem Zumuthen zum Antheil an Rheinbaierischen Blättern „ganz gut Landeskindlich zurück bebten. Unter Landleuten „habe ich noch mehr Sinn für jene Tendenzen gefunden, „es haben sich sogar 18 mit mir in einem Schreiben an „Siebenpfeiffer unterschrieben, und sind mit monatli„chen Beiträgen in den Vaterlandsverein getreten. Mit „Hand und Herz Erwiederung auf Ihren deutschen Gruß. „Wäre Hambach nicht so weit von hier! Aus Ihrem „Briefe merke ich, daß auch in Ihrer Gegend es ein Fest „geben soll. Ich ergreife auch diese Gelegenheit, Ihnen „drei der in Strasburg gedrukten Haustafeln zuzuschicken; „der Zeichner bin ich.“

Außer diesen Briefen wurden bei dem Angeschuldigten noch folgende verdächtige Scripturen gefunden. 1. Ein von ihm verfaßter Aufsatz, worin gegen den nicht liberal gesinnten und gegen die Preßfreiheit eingenommenen Pfarrer St. zu Riegel losgezogen wird, und welcher beginnt: „die schon „seit Jahrhunderten bestehende Verschwörung des Absolutis„mus gegen die Freiheit der Völker gibt wieder deutliche „Spuren ihrer heillosen Existenz, und es ist wohl Pflicht „jedes deutschen Mannes, mit ehrlichen Waffen dagegen zu „kämpfen, und das erwachte Volk zu unterstützen gegen die „geheimen und offenen Angriffe, sowohl durch listige Vor„spiegelungen, als Erwecken von Furcht, wodurch gewöhn„lich die noch für gut geltende Regierung beschimpft und

„verdächtiget werde, als im Widerspruch stehend mit sich „selbst.“

2. Ein Gesetzesentwurf für eine in Herbolsheim zu bildende Bürgergesellschaft, bestehend aus 11 Paragraphen und mit 38 Unterschriften versehen.

3. Ein Manuscript mit der Aufschrift: „Der Herbolsheimer Gesellschafter,“ bestehend aus sieben Nummern, datirt vom Februar 1832.

Dr. Herr suchte den Verdacht, den jene Scripturen gegen ihn erregt hatten, in seinem Verhöre dadurch zu beseitigen, daß er hinsichtlich der vorgefundenen Briefe behauptete. Zu 1. dem Schreiben des Harro-Harring. Er müsse zwar den Brief anerkennen, allein er kenne den Freund K-i, dessen der Briefsteller erwähne, überall nicht, begreife auch eben so wenig, wie derselbe ein Gedicht von ihm erhalten haben wollte, das er gar nicht gemacht habe. Harring habe ihm auch keine 100, sondern nur 5 Exemplare zugeschickt.

Zu 2. das Schreiben des Rechtspract. Busch betreffend, erkannte Herr dasselbe zwar gleichfalls an, erklärte aber, daß er für dasjenige, was ein Anderer an ihn schreibe, nicht verantwortlich seyn könne. Er sey mit Busch in keiner besondern Berührung gestanden. Am 4. März wäre er in Riegel zur Feier der Preßfreiheit auf einem Feste zugleich mit Busch anwesend gewesen, und in der Folge habe ihm dieser jenen Brief ohne alle Veranlassung geschrieben; er könne darüber, was B. in dem Schreiben habe sagen wollen, keine Auskunft geben.

Zu 3. dem Schreiben des Herold, sagte Herr: Er habe den Herold, der ihn einigemale bei seiner Durchreise in Herbolsheim besucht hätte, dort im Bierhause kennen gelernt. Er läugne nicht, daß ihn Herold öfters besucht,

auch sich bei ihm aufgehalten habe; er hätte ihn wegen seiner Talente und seiner Kenntnisse geschätzt. Er sey aber kein Gendarme, um ihn wegzuweisen, und eben so wenig wäre ihm bekannt, daß derselbe Reden revolutionären Inhalts gehalten habe. Wahrscheinlich habe Busch bei einem Besuche den Brief bei ihm liegen lassen.

Zu 4. und 5. Das Schreiben des Studenten T. beziehe sich auf die Bildung des Preßvereins, der aber, da bald darauf solche Vereine verboten worden, in seiner Gegend nicht zu Stande gekommen sey. Den Brief des Studenten S. betreffend, so habe dieser Gedichte in Kenzingen liegen lassen, die er zurück zu erhalten gewünscht, er hätte ihm bei dieser Gelegenheit seine Beobachtungen auf einer Reise, so wie über den Geist der Würtemberger mitgetheilt, in Correspondenz habe er aber nicht weiter mit ihm gestanden.

6. Auch das Schreiben des praktischen Arztes B. erkannte der Angeschuldigte zwar an, behauptete aber darüber, und insbesondere über die Stelle desselben: „daß dieses Alles mit Blut endigen werde" keine Auskunft geben zu können. Eben dieses war der Fall mit den Schreiben unter 7. und 8.

In Hinsicht des vorgefundenen Aufsatzes eines Gesetzes-Entwurfs für eine Gesellschaft in Herbolsheim, erkannte Inculpat ihn für seine Arbeit; gab jedoch an: Er habe bei Begründung dieser Gesellschaft keinen andern Zweck gehabt, als einen geselligen, und daß sich über die Angelegenheiten des damaligen Landtages besprochen werden könne. Es habe der öffentliche Geist erweckt werden sollen, welches in Herbolsheim um so nothwendiger gewesen, als die mehrsten der dortigen Bewohner sich in öffentlichen Angelegenheiten theilnahmlos bewiesen, einzelne Bürger sich jedoch in einem ähnlichen Sinne ausgesprochen gehabt hätten.

Auch die 7 Nummern des „Herbolsheimer Gesellschafters" erkannte Herr für sein Machwerk an. Er behauptete, weil in Herbolsheim es den mehrsten Mit-

gliedern der Gesellschaft an der nöthigen Kenntniß zum Zeitungslesen, und namentlich an Geographie gemangelt habe, so wäre er auf den Gedanken gerathen, ein geschriebenes Blatt zu redigiren und es der Gesellschaft vorzulesen. — Sodann bemühte sich H., mehreren Stellen in den Nummern dieses „Gesellschafters" eine für ihn vortheilhafte Deutung zu geben. — So enthält der Aufsatz Nr. 2. über Staatshaushalt folgende Stelle:

„Der Familienvater unternimmt, von Natur und Recht „verpflichtet, die Sorge für Herbeischaffung des Nöthigen. — „Auch der Staat ist eine Familie, deren Oberhaupt der „Fürst ist. Gleich dem Familienvater sagt er: ich will für „Euch sorgen; aber die Bedürfnisse, die der Familienvater „in der Familie durch Fleiß und Arbeit zu decken sucht, diese „Bedürfnisse im Staat, in der großen Familie, deckt nicht „der Fürst, der Vater dieser großen Familie, wie er „sollte, durch eigenen Fleiß und selbst errungene Mittel, „sondern er nimmt von jedem seiner Kinder des Schweißes „zu Handen, zur Deckung seiner eigenen Bedürfnisse, zur „Führung göttlicher Pracht. Und seine fetten Rosse glän„zen vom erpreßten Fette der am Wege lagernden hohlwan„gigen Bettler, die der pausbackigte Leibkosak mit der gnä„digsten Peitsche zur herrschaftlichen Freude kitzelt, bis zu „Schwielen, wenn ihre Ohnmacht ihnen nicht erlaubt, sich „schnell genug aus der heiligen Nähe zu entfernen. Dieses „ist der große Unterschied zwischen Privat- und Staatshaus„haltung." —

„Die demokratische Republik verlangt von ihren Bür„gern Fleiß und Rechtschaffenheit, Tapferkeit, sonst Tugend „geheißen, Vaterlandsliebe, Achtung und Gehorsam dem „Gesetze. In der Monarchie wird es schon schlimmer; hier „gelten Ansehen, Würde, Ehre, Reichthum; ächte Tugend „und Vaterlandsliebe stehen tief im Hintergrunde, und „Schmeichelei und höfische Falschheit treten hervor."

Der Beklagte behauptete, dieser Aufsatz sey ganz objectiv und allgemein gehalten, er habe damit nicht seinen Fürsten, auch keine auf constitutionelle Institutionen begründete Monarchie, sondern die absoluten Staaten im Auge gehabt. Er sey damals damit hervorgetreten, weil er in die Zeit gefallen, wo die unglückliche polnische Nation so furchtbar mißhandelt worden. Er verlange keine Republik, halte aber eine Republik für die beste Regierungsform.

Es enthielt weiter der Aufsatz unter Nr. 6. — über die Pflichten des Bürgers gegen den Staat die Worte: „Ihr „solltet wohl geprüft haben Eure Handlungen und die „Handlungen derer, die eigentlich keine Herrn sind, sondern „sie nur spielen. Ihr solltet längst schon die Karten erra„then haben, die man Euch gemischt hat. Hinterlist näm„lich, und das an der Nase Herumziehen hat man zum „Trumpf gemacht im Spiel gegen Euch, wo Ihr nie ge„winnen werdet. Habt Ihr die Pflichten des Bürgers ver„standen, so werdet Ihr auch jetzo — es ist die höchste „Zeit — nach denselben wissen zu handeln.“

Darüber äußerte sich Herr: er habe zu deutschen Bauern gesprochen, die noch nicht den Grad der Ausbildung erreicht hätten, der nöthig sey, um eine mildere Sprache zu verstehen; bloß durch stark aufgetragene Bilder habe ihnen das wahre Verhältniß vor Augen gestellt werden können. Er glaube, daß in jenem Aufsatze nichts vorkomme, was gegen seine Verpflichtung als Staatsbürger und Unterthan spreche.

Endlich fand sich noch in dem Aufsatze Nr. 7. „über die Preßfreiheit“ folgende Stelle: „die Wahrheit reden ist schön, „ist männlich, und darüber ist nur eine Stimme, aber die „Wahrheit hören und sehen müssen in den Zeitungen, das „ist nicht Allen angenehm, nicht für Alle schön.“

Nachdem dann die Fabel von dem Löwen erzählt ward, der den Bären zerrissen habe, weil derselbe auf Befragen ge-

äuſſert habe, es rieche übel bei dem Löwen, und von dem Fuchſe, der ſich mit der Entſchuldigung geholfen hätte, er habe den Schnupfen; fuhr der Aufſatz in der Anwendung dieſer Fabel fort: Der Bär, mit welchem man ſonſt die Deutſchen verglichen habe, ſage in ſeiner Gutmüthigkeit die Wahrheit heraus. Am Fuchſe hätten wir die pfiffigen Höflinge eines Herrn, einen Metternich, Talleirand, die den Mantel nach dem Winde drehten, da, wo Jammer und Geheul ſey, und Petitionen geſtammelt würden, Ohrenweh hätten, und wo Elend und Noth ſey, kurz- oder ſchwachſichtig wären.

Die Beſchuldigungen gegen **Dr.** Herr wegen des Verbrechens der beleidigten Majeſtät, beruhten auf den eidlichen Ausſagen mehrerer Zeugen. Darunter waren die bedeutendſten: 1. die Depoſition des Förſters Alois K., welcher ausſagte, daß, als er ungefähr im Juni 1832. in einem Bierhauſe zu Herbolsheim geweſen, **Dr.** Herr auf einmal das Wort genommen, und ſich über das erlaſſene Verbot der Volksverſammlungen dahin erklärt habe: „er begreife „nicht, wie der Großherzog ein ſolches Verbot erlaſſen könne, „er ſey kein braver Mann. In 14 Tagen werde eine „Revolution ausbrechen, und dann würden wohl die Für„ſten die erſten ſeyn, welche zum Teufel gejagt werden „müßten.“ — Ein andermal habe Herr geſagt: „es wird „eine Revolution ausbrechen, dann werden die Fürſten die „erſten ſeyn, welche davon laufen.“

2. Ausſage des Handelsmanns B. von Herbolsheim. „Etwa 14 Tage vor Ausbruch der Revolution zu Paris, „wo er gegen **Dr.** Herr geäuſſert, daß das Verbot der „Volksverſammlungen ganz in der Ordnung ſey, habe dieſer „geſagt: die Verordnung tauge nichts, der Großherzog ſey „kein braver Mann, daß er ſeine Unterthanen ſo beſchrän-

„ken wolle. Indessen erfolge in Kurzem eine Revolution, „in 14 Tagen stünden wir einander gegenüber, und es „würden die Fürsten die ersten seyn, welche davon liefen.“

3. Geometer K. sagte das Nämliche aus; die übrigen abgehörten Personen wollten wegen Länge der Zeit sich der Aeusserung des Herr gegen den Großherzog nicht mehr erinnern.

Der Angeschuldigte erklärte zum Protocoll. Er habe das auf den 29. Juli 1832. ausgeschriebene Fest zu Ettenheimmünster allerdings besucht, auf die Aufforderung des Beamten aber, den Platz zu verlassen, wäre er mit vielen Andern, theils Studenten, theils Bürgern von Herbolsheim, in ein Wirthshaus zum Essen gegangen, und nachher auf den Tanzplatz, wo Lieder gesungen und von einem gewissen Rauschenblatt und noch einem Zweiten Reden gehalten worden. Als ihnen gemeldet worden, daß das Militär im Anzuge sey, wäre die Rede davon gewesen, sich bewaffnet zu widersetzen, welches er aber abgerathen habe.

Als Bürger eines constitutionellen Staates stehe es ihm allerdings zu, einzelne Regierungsacte zu beurtheilen; er dürfe seine Ueberzeugung aussprechen, wenn auch noch so viele Schärfe darin liege. Er habe sich nicht gegen die höchste Person des Regenten, sondern gegen das Verbot der Volksversammlungen ausgesprochen. Dieses halte er für einen Eingriff in die persönlichen Rechte der Staatsbürger und sogar für Verfassungswidrig, aber er wisse, daß die Person des Regenten in constitutionellen Staaten heilig und unverletzlich, und daß bei Beurtheilung der Regierungs-Maasregeln die Regierung von der Person des Regenten zu trennen sey. Bei den Aussagen des Försters K. und Handelsmanns B. liege nothwendig eine Täuschung vor. Er gestehe, damals heftig geworden zu seyn, und erklärt zu haben: daß jenes Verbot unrecht sey, und daß derjenige,

der so etwas billigen könne, kein braver Mann wäre; allein dieses habe sich mehr auf den Handelsmann B. und auf die Regierungsmitglieder bezogen, als auf den Großherzog.

Förster K. und Handelsmann B. dessen Schwiegersohn, seyen servile Leute, und hätten ihn mittelbar denuncirt. Die Aussage des Geometer K. erkläre er für eine reine Lüge. Er möge wohl in der höchsten Aufregung gesagt haben: wenn solche Verordnungen erscheinen, so seye es kein Wunder, wenn am Ende Revolutionen entständen, und da würden die Fürsten wohl die ersten seyn, welche davon liefen.

Daß er bei dem Feste zu Riegel, wovon K. deponire, gesagt habe: es müsse Gewalt mit Gewalt vertrieben werden, sey eine Lüge. Genau erinnere er sich zwar der Sache nicht mehr, er wisse aber gewiß, daß, als er gesehen, wie K. zu seiner Rede ein langes Gesicht gemacht, er diesem ängstlichen Menschen gesagt habe: „Alles, was ich hier sage, berührt den Großherzog nicht.“ Wenn er sich geäussert habe: „es geht los, es bricht eine Revolution aus,“ so sey damit nicht gesagt, daß dieses wirklich geschehen, oder daß er Theil daran nehmen werde.

Er gestand, bei der Rückkunft von der Volksversammlung, von denen im Wirthshause auf dem Tisch gelegenen Liedern, mehrere den Kindern gegeben zu haben. Anlangend die lithographirten Adressen, Protestationen gegen die Bundesbeschlüsse enthaltend, die er ausgetheilt habe, so sey es ja in der ganzen Welt erlaubt, zu bitten, und etwas Anderes als eine Bitte enthielten diese Adressen nicht.

Das Großh. Hofgericht des Oberrheins erkannte durch Urtheil vom 18. Mai d. J. „es sey der Inculpat, practischer Arzt Herr, der Schmähung des Staatsoberhauptes „und der attentirten Volksaufreitzung für schuldig und überwiesen zu erklären, und deßhalb zur Erstehung einer sechsmonatlichen Correctionshaus-Strafe zu verfällen.“

Das Großh. Justizministerium erachtete jedoch diese Strafe für zu gelinde, und übersandte die Sache an das Oberhofgericht zur weitern Prüfung und Entscheidung, in Gemäßheit des §. 31. des Org.-Edicts vom Jahre 1809. Anl. lit. I.

Bei der oberhofgerichtlichen Deliberation stellte der Referent zuerst folgende allgemeine Sätze auf: 1) durch die Erfahrung bewähre sich das bekannte Axiom: „sage mir, „mit wem du umgehst, und ich will dir sagen, wer du bist.“ 2) Dieser Erfahrungssatz sey auch schon in unserer Strafgesetzgebung, und namentlich im §. 79. lit. b. des Straf-Edicts adoptirt worden. Wenn nun 3) ein urkundlicher Beweis darüber vorliege, daß Dr. Herr Männer, die mehr oder minder sich in den Kopf gesetzt hätten, Deutschland zu revolutioniren, zu Umgangsgenossen gehabt habe, so werde 4) dem Inculpaten wohl um so weniger dadurch Unrecht geschehen, daß man ihm ähnliche Gesinnungen und ähnliche Absichten zutraue, als er nach seinem eigenen Geständnisse in seiner Gegend in dem Rufe eines Ultraliberalen stehe, auch in der Untersuchung offen von ihm bekannt wurde, er halte eine Republik für die beste Regierungsform.

Wenn ferner 5) Inculpat in seiner nächsten Umgebung zu Herbolsheim einen Verein gebildet habe, worin er nicht nur aus der „deutschen Tribune“ den versammelten Vereinsmitgliedern die Grundsätze des Ultraliberalismus vorgelesen und erläutert, sondern auch Aufsätze und Reden von gleicher Tendenz geliefert und gehalten habe, und in diesen Vorträgen die democratische Regierungsform als die beste herausgehoben und dagegen die monarchische als verabscheuungswürdig zu schildern bemüht gewesen; so sey dabei eine strafbare Absicht um so weniger zu verkennen, als er geständigermaßen zu deutschen Bauern gesprochen, deren politischer Verstand wenig ausgebildet war, und die er

wohl nicht zu speculativen Philosophen oder Staatsrechts-Gelehrten werde haben ausbilden wollen; wenigstens könne er dem Richter nicht zumuthen, ihm dergleichen zu glauben.

Wenn endlich Inculpat eingestehe: die in Ettenheimmünster statt gehabte Volksversammlung besucht, und nachdem dieselbe auf obrigkeitliche Aufforderung den Ort verlassen hatte, die Austheilung revolutionärer Lieder mit bewirkt zu haben. Wenn er sich in Wirthshäusern über das Verbot öffentlicher Reden bei Volksversammlungen nicht nur heftig ausgelassen, sondern sich auch bei der Untersuchung dahin erklärt habe, er halte dies Verbot für einen Eingriff in die persönlichen Rechte der Staatsbürger und für verfassungswidrig. Wenn er endlich durch die eidliche Aussage dreier Zeugen überführt worden, sich im Wirthshause schmähend gegen die höchste Person des Großherzogs geäußert und den Ausbruch einer Revolution verkündet zu haben; so müsse, alles dieses im Zusammenhange betrachtet, der Inculpat nicht bloß des Verbrechens der beleidigten Majestät, sondern auch der Theilnahme an der Vorbereitung des Umsturzes aller staatsrechtlichen Verhältnisse in Deutschland, oder des attentirten Hochverraths schuldig erachtet werden.

Ueber die Schuld des Angeklagten, wenn gleich nicht über den Character des Verbrechens, waren die Ansichten des höchsten Gerichtshofes, welcher die Ausführung seines Referenten adoptirte, mit denen des Hofgerichts übereinstimmend. Weil sie aber in Absicht des Strafmaaßes verschieden waren, so ist es nöthig, auch darüber Einiges aus dem Vortrage des oberhofgerichtlichen Referenten anzuführen.

Er bemerkte, daß auf den Hochverrath, nach §. 65. des Straf-Edicts, in Verbindung mit dem Art. 124. der Carolina, die Todesstrafe stehe, daß diese jedoch nach §. 88. der

Erläuterungen des Straf-Edicts von 1812. nur da eintreten könne, wo eine wirklich vollführte oder wenigstens vermeintlich vollführte That vorliege. — Daß aber nach §. 65. des Straf-Edicts, dasjenige schon als wirklich vollführte That gelte, wodurch eine nahe Gefahr des Umsturzes der Staatsverfassung herbeigeführt werde. — Von einer wirklich oder vermeintlich vollführten That könne hier zwar keine Rede seyn; — allein dasjenige, was Inculpat mit seinen Genossen gethan habe, trage immerhin den Character einer vorbereitenden That an sich, welche — so wenig auch zu besorgen sey, daß ihr heilloser Zweck erreicht werden möchte, doch die ganze Strenge des Gesetzes gegen sich aufrufe, weil die Unternehmer ihrerseits meistens alles zu ihrem Zwecke gethan hätten, und zu thun fortfahren würden, wenn man sie nicht ausser Stand setzte, zu schaden.

Wenn nun nach §. 88. der erwähnten Erläuterungen des Straf-Edicts, da, wo entweder eine gedrohte That, oder eine vorbereitende, oder eine begonnene unvollführte, oder eine zwar begonnene, aber verhinderte That vorliege — verhältnißmäßig von der ordentlichen Strafe abgegangen werden solle, und beziehe sich dieser Ausdruck auf das Strafmaaß, nicht auf die Strafgattung; so könne auch von einer peinlichen Strafe, womit das Gesetz den Hochverrath belegt wissen wolle, hier nicht abgegangen und statt solcher eine blos bürgerliche Strafe erkannt werden.

Vielmehr müsse Referent, statt der vom Hofgerichte erkannten Correctionshausstrafe, eine Zuchthausstrafe gegen den Inculpaten in Antrag bringen.

Und bedenke er ferner, daß der Umsturz aller staatsrechtlichen Verhältnisse in Deutschland, ein Hochverrath von der abscheulichsten Art sey, und nur durch das Blut von Hunderttausenden erreicht werden könne, so könne er auch die vom Hofgerichte bestimmte Strafzeit nicht der Größe des

Verbrechens für angemessen halten, sondern müsse auf eine achtzehnmonatliche Zuchthausstrafe antragen.

Dieser Ausführung fügte der Instructiv-Votant noch folgende Bemerkungen hinzu:

„Unser Straf-Edict bezeichnet zwar wörtlich nur jenen „Verrath, der an dem Regenten oder seinem ausserordent„lichen Repräsentanten verübt wird, als Hochverrath. „Aber schon der Beisatz: daß er, wenn der Umsturz der „Verfassung daraus entstanden, nach der Strenge des Ge„setzes gerichtet werden solle, zeigt, daß nicht gerade ein „Attentat gegen die Person des Fürsten selbst unmittelbar „dazu erfordert werde, sondern daß schon jede That, welche „den Umsturz der Verfassung zum Zwecke hat, dahin zu „rechnen sey. Noch deutlicher wird dieses aus dem §. 68., „wo die Aufruhrstiftung, wenn sie vorbedachter Weise „geschieht, und in Hochverrath übergeht, gleichfalls der „Todesstrafe unterworfen wird."

„Zudem ist Aufruhr, welcher den Umsturz der Ver„fassung bezweckt, immer zugleich Angriff auf das Staats„oberhaupt, und es läßt sich daher um so weniger annehmen, daß unser Gesetzgeber, gegen den allgemeinen Be„griff des Hochverraths, eine Ausnahme habe machen wollen."

„Endlich zeigt die Tendenz der Propaganda, wie sie „deutlich aus dem vorliegenden Falle, und den schriftlichen „Urkunden hervorgeht, zur Genüge, daß mit dem Umsturz „der deutschen Verfassung, wenigstens die Thronentsetzung „der Fürsten, wo nicht mehr, erfolgen sollte."

Dieses belegte der Votant mit mehreren bei den Acten befindlichen Liedern und andern Scripturen, glaubte aber, daß sie kaum nöthig seyn würden, um die Ueberzeugung zu fassen, wie weit sich die Pläne dieser Freiheitsschwindler verstiegen und was ihr Zweck gewesen sey, nachdem das Hambacher Fest sie schon aufgedeckt habe.

Herr habe auch thätigen Antheil an den Umtrieben fremder Demagogen genommen, und sey demnach als ihr Mitschuldiger anzusehen.

Auch die Schmähung des Regenten nahm der Votant als durch die Zeugen erwiesen an, indem sie in den Worten liege: wer dieses Verbot gebilliget habe, sey kein braver Mann, da er habe wissen müssen, daß jene Verordnung aus dem Staatsministerium mit der Unterschrift des Großherzogs ergangen und im Regierungsblatte verkündet worden sey. Wenn er daher von dem Regenten sage, er sey kein braver Mann, so erkläre er ihn damit für einen unredlichen.

Indessen, äusserte der Instructiv-Votant weiter: „wird „dieses Vergehen, obgleich strafbar an sich, durch den at„tentirten Hochverrath absorbirt; demungeachtet wird das„selbe in das Urtheil aufzunehmen, und Herr als desselben schuldig zu bezeichnen seyn."

„Hinsichtlich des Strafmaaßes handelt es sich hier nicht „von einem bloß entfernten Attentate, sondern von einem „schon weit gediehenen, von einem solchen, welches der be„stehenden Staatsverfassung und dem Regenten Gefahr „drohte, welche, wenn sie auch nicht für nahe anzuneh„men, doch nicht in ihrer Qualification so weit herabsteigt, „daß damit das Verbrechen aufhört, eine peinliche Strafe „nach sich zu ziehen. Diese ist um so mehr zu erken„nen, als §. 65. des Straf-Edicts das Attentat des Hoch„verraths, wenn daraus nahe Gefahr des Lebens und der „Freiheit des Regenten, oder des Umsturzes der Regierung „entstanden, mit dem Tode bestraft wissen will; durch „das Mehr oder Minder der Gefahr daher unmöglich die „Strafbarkeit so weit herabsinken kann, daß alle peinliche „Strafe wegfallen könnte."

Nachdem die große Majorität des Gerichtshofes sich lediglich diesen Ansichten anschloß, so vereinigte man sich auf folgendes Strafurtheil:

„Wird zu Recht erkannt, daß der practische Arzt Franz „Ludwig Herr von Herbolsheim des Verbrechens der be„leidigten Majestät und des Hochverraths, wodurch jedoch „keine nahe Gefahr des Umsturzes der Verfassung entstan„den ist, für schuldig zu erklären, und deßhalb zu einer „zu erstehenden Zuchthausstrafe von achtzehn Monaten zu „verurtheilen, und in die durch ihn veranlaßten Kosten zu „verfällen sey."

Da auch das Hofgericht den Inculpaten gegen Caution seines Arrestes entlassen hatte, so ward, sobald dieses Urtheil beschlossen war, dem Hofgerichte die Wieder-Captur des Inculpaten aufgegeben. Es ward auch derselbe durch das Amt Kenzingen von Neuem arretirt, er fand aber Gelegenheit, dem ihn bewachenden Gendarme zu entfliehen, und begab sich, dem Vernehmen nach, nach Frankreich.

II.

Die Untersuchung gegen den Rechtspractikanten Carl Busch stand mit der gegen Dr. Herr in so genauer Verbindung, daß die Strafe gegen Beide beim Hof- und Oberhofgerichte in dem nämlichen Urtheile ausgesprochen ward.

Gegen diesen Inculpaten sprachen folgende Daten. 1) Der Brief vom 19. März 1832., welcher oben in der Untersuchung gegen Dr. Herr vorgekommen ist, und welcher sich mit den Worten anfängt: Freund, versieh dich mit Pulver

und Blei ꝛc. 2) Die beiden Schreiben an ihn von dem aus dem Großherzogthum verbannten Herold vom 19. und 20. März 1832., deren gleichfalls schon in der Herr'schen Untersuchung Erwähnung geschah. In diesem sehr weitläufigen Schreiben mußten folgende Sätze Aufmerksamkeit erregen. 1) Herold schien dem Busch zuzumuthen, sich die Gewinnung des Actuars G. und des Dr. med. R. für ihre Parthie angelegen seyn zu lassen, und 2) beklagte er sich, daß seine Ansichten in Lörrach gar keinen oder doch wenigen Anklang fänden, eröffnete aber 3) dem Busch neue Aussichten für die Revolutionirung Deutschlands. — Ferner fanden sich beim Inculpaten zwei mit Kugeln geladene Terzerolen, ein Stockdegen, ein krummer Säbel und der untere Theil eines geraden Säbels, welches alles, in Verbindung mit der Aufforderung an Herr, sich Pulver und Blei anzuschaffen, Verdacht erregen mußte.

Nicht weniger sprach gegen den Angeschuldigten sein eigenes Geständniß, so sehr er sich auch bemühte, dasselbe zu seinen Gunsten zu deuten und zu modifiziren. Er nahm nämlich die sich schroff und feindlich gegenüberstehenden Grundsätze des Servilismus und des Liberalismus an, so wie, daß für erstere Rußland, Oesterreich und Preußen, für letztere aber Frankreich und die constitutionellen Staaten Deutschlands, namentlich Baden, kämpfen würden, weil in diesen Staaten durch die freisinnigen Institutionen, durch die Constitutionen, durch die Preßfreiheit oder die Milde der Censur, die Freiheit schon lange starke Wurzeln gefaßt habe. Er hielt es für Pflicht derjenigen, die der Sache der Freiheit zugethan wären, bei dem Volke die Liebe zur Freiheit zu begründen, zu mehren und zu verbreiten; er gab endlich zu, daß der Sieg des Liberalismus vielleicht einige Jahre zweifelhaft bleiben möchte, hielt jedoch den endlichen Sieg der Freiheit für eben so gewiß, als irgend einen mathematischen Satz. — Diese seine Erklärung konnte aber

nicht als ausreichend angenommen werden, da, wenn auch Inculpat im März 1832. den Krieg zwischen Rußland und Frankreich als gewiß vorausgesehen haben wollte, doch über den Anschluß Badens und der übrigen constitutionellen deutschen Staaten die sogenannten Liberalen um so weniger zu entscheiden hatten, als ihre Anzahl in Beziehung auf die anders denkenden ruhigen Bürger nur gering und unbedeutend war. Da ferner die unberufene Theilnahme des Bürgers an dem in Frage stehenden Krieg eben so wenig gerechtfertigt werden konnte, als wenig die Anreizung und Vorbereitung des Volkes zur Theilnahme an einem solchen Kriege sich rechtfertigen ließ.

Eben so wenig wollte des Inculpaten Ausrede, daß er die Ausdrücke in seinem Briefe an Herr nur bildlich gemeint habe, genügen. Denn man erwog, daß ein bildlicher Sinn der Worte ohne Noth und hinreichenden Grund nicht anzunehmen sey, und daß bei klaren und bestimmten Aeusserungen jede Nothwendigkeit zu einer Auslegung, sohin auch die Auslegung, welche der Schreiber oder Sprecher dem Richter aufdringen wollte, von selbst wegfalle.

Als daher das oberrheinische Hofgericht unter dem 18. März 1833. gegen den Rechtspractikanten Busch erkannt hatte: daß derselbe des entfernten Versuchs zur Verbreitung eines Aufruhrs, mittelst Privatmittheilung an den practischen Arzt Herr für schuldig und überwiesen zu erklären, und deßhalb, in Anbetracht mildernder Umstände, zu einer viermonatlichen Correctionshausstrafe, und in die durch ihn veranlaßten Kosten zu verfällen sey, so sprach das Oberhofgericht durch Urtheil vom 8. Juli, nachdem ihm vom Großh. Justiz-Ministerium das hofgerichtliche Erkenntniß, als zu mild, zu weiterer Prüfung zugeschickt war,

aus: „daß Rechts-Practikant Busch der entfernten Theil-„nahme an dem Verbrechen des Hochverraths, wodurch „jedoch keine nahe Gefahr des Umsturzes der Verfassung „entstanden ist, für schuldig zu erklären, und daher zu einer „Zuchthausstrafe von sechs Monaten zu verurtheilen sey."

Die Gründe zu dieser Schärfung finden sich in des Referenten-Gutachten dahin zusammengefaßt: a. Aus den Briefen, welche Inculpat von Herold erhalten, so wie aus demjenigen, den er an Herr geschrieben, und aus seinem eigenen Geständnisse, gehe hervor, daß er diese beiden Theilnehmer an der Vorbereitung des Umsturzes aller staatsrechtlichen Verhältnisse in Deutschland zu Umgangsgenossen gehabt habe. b. Eben daraus zeige sich auch, daß er noch mit andern gleichgesinnten Freiheitsfreunden und Anhängern des Liberalismus Umgang habe. c. Inculpatens eigenes Schreiben an Dr. Herr lasse über seine staatsgefährlichen Absichten keinen Zweifel übrig, zumal wenn man damit in Verbindung setze, daß er den Rath, welchen er dem Herr gegeben, sich mit Pulver und Blei zu versehen, für seine Person selbst befolgt habe. Wegen der Gründe, warum nicht auf Corrections- sondern auf Zuchthausstrafe zu erkennen sey, ward sich auf die Ausführung zur Untersuchungssache gegen Dr. Herr bezogen.

Indessen fand sich der oberste Gerichtshof bewogen, für Busch auf Verwandlung der Zuchthaus- in Correctionshausstrafe im Gnadenwege bei Gr. Justizministerium anzutragen. Indem man in Betracht zog, daß der Inculpat nicht überwiesen sey, mittelbar auf das Volk gewirkt, und dasselbe zum Umsturze der staatsrechtlichen Verhältnisse in Deutschland bearbeitet zu haben, und daß ferner derselbe die besten Zeugnisse über seinen frühern Lebenslauf für sich habe.

Se. Königliche Hoheit geruhete unter dem 18. Juli 1833., die erkannte sechsmonatliche Zuchthausstrafe in eine Correc-

tionshausstrafe von gleicher Dauer zu verwandeln, jedoch sollte Busch aus der Liste der Rechtspractikanten gestrichen werden.

Ist das Superarbitrium des Medizinal-Referenten nothwendig, um bei Verwundungen, nach §. 71. des Straf-Edicts zu ermessen, ob sie zu den peinlichen Verbrechen zu zählen sind?

(Untersuchungssache gegen E. von Rothweil.)

Der Inculpat E. war vom Hofgerichte zu Freiburg der Verwundung der Sch-schen Ehefrau für schuldig erklärt, und zu einer vierwöchentlichen öffentlichen Arbeitshausstrafe verurtheilt; gegen welches Erkenntniß er an das Oberhofgericht recurrirte.

Die Verwundung sollte durch einen Schlag mit einer Haue, oder wenigstens mit einem geflochtenen Seil, oder mit den Händen zugefügt seyn, bei der ärztlichen Besichtigung ward jedoch keine offene Wunde an der Beschädigten wahrgenommen, sondern es zeigten sich nur am Kopfe einige leichte Contusionen und eine solche auch am linken Vorderarm. Dagegen klagte sie über Schwindel und Brechreiz, über Reißen im Kopfe und über Schmerzen in der Bauchgegend. — Auf den Grund dieses Befunds stellte das Physikat folgendes ärztliche Zeugniß aus:

„Die Symptome von Schwindel und Brechreiz deuten „zwar auf eine leichte Hirnerschütterung hin, allein es

„fehlen durchaus die Symptome einer schweren, z. B. „Schlummersucht, Unempfindlichkeit oder erhöhte Empfind„lichkeit für das Licht u. s. w., so wie jene eines Drucks „auf das Gehirn. Die Verletzungen sind daher nicht als „gefährlich zu betrachten, und es ist von ihnen kein Nach„theil für die Frau zu erwarten, jedoch erheischen sie ärzt„liche Hülfe, und da die Frau bereits drei Monate „schwanger ist, so läßt sich nicht mit Bestimmtheit voraus„sehen, ob sie nicht allenfalls auf die Leibesfrucht einen „nachtheiligen Einfluß ausüben könnten."

Am neunten Tage nach der Mißhandlung abortirte die Sch-sche Ehefrau, ward jedoch vollkommen wieder hergestellt.

Da in der Recursschrift das Physikats-Gutachten angefochten und behauptet ward, daß nicht von einer Verwundung im gesetzlichen Sinne, sondern nur von einer Mißhandlung die Rede sey, — auch die hofgerichtliche Competenz um deßwillen bestritten ward, weil die Aburtheilung der Mißhandlung vor das Amt gehört hätte; — so kam es beim Oberhofgerichte zur Frage: ob ein Superarbitrium des Medizinal-Referenten erforderlich sey? worüber die Ansichten getheilt waren.

Der Referent äusserte sich über diese Frage dahin: „dar„über, in welchen Straffachen, wobei es auf ein ärztli„ches Kunstgutachten ankommt, zugleich auch das Superar„bitrium des hofgerichtlichen Medizinal-Referenten einzuho„len sey, herrscht bei den Hofgerichten keine gleichförmige „Praxis. Die Hofgerichte zu Freiburg und Meersburg be„schränken die Einholung eines solchen, bloß auf schwere „peinliche Verbrechen, während sie in geringfügigen derar„tigen Straffachen, wie z. B. bei nicht gefährlichen, mit „schädlichen Instrumenten zugefügten, ohne Schaden vorü„ber gegangenen Verwundungen, ihren Erkenntnissen bloß „die Gutachten der Physikate zum Grunde legen. Das hie„sige Hofgericht hingegen holt in allen und jeden solchen

„Strafsachen das Superarbitrium seines Medizinal-Refe-
„renten ein. Welche Observanz in dieser Beziehung bei
„dem Hofgerichte zu Rastatt herrsche, ist mir unbekannt."

„Unsere Gesetzgebung läßt den Richter darüber, ob die
„Einholung eines solchen Superarbitrii vor Fällung seines
„Erkenntnisses in allen und jeden Fällen für ihn Obliegen-
„heit sey, oder ob nicht dessen Einholung seinem Ermessen,
„nach der Wichtigkeit oder Verwicklung des einzelnen Falles
„anheim gestellt bleibe, — in gänzlicher Ungewißheit."

„Wir haben hierüber nichts, als einen, vermuthlich von
„dem ehemaligen Geh. Raths-Collegium ausgegangenen
„Beschluß vom 11. May 1809., welcher nachmals in die
„Erläuterungen zum Straf-Edicte vom Jahre 1812. Nr.
„64. übergegangen ist, der nur Bestimmungen darüber
„enthält, in welchen Fällen, bei eintretender Verschieden-
„heit der Meinungen der Aerzte und Wundärzte, welche
„den untersuchenden und den urtheilenden Richter zu berathen
„haben, — den Ansichten der ersteren oder der letzteren der
„Vorzug zu geben ist. Da diese Verordnung die eigentliche
„Frage, worauf es hier ankommt, ganz unberührt läßt,
„vielmehr nur den Fall unterstellt, wo der urtheilende Rich-
„ter sich veranlaßt gefunden hat, ausser dem Gutachten des
„Physikats, noch ein weiteres ärztliches Gutachten einzuho-
„len, so läßt sich aus derselben nicht die Nothwendigkeit
„der jedesmaligen Einholung eines Superarbitrii ableiten."

„Unsere Legalinspections-Ordnung vom Jahre 1803.,
„so wie ihr Nachtrag, übergeht ebenfalls diese Frage mit
„Stillschweigen. — Bei dem Mangel eines bestimmten Ge-
„setzes, welches die Einholung des Superarbitrii in allen
„und jeden peinlichen Fällen, wobei es auf ein ärztliches
„Kunstgutachten ankommt, als wesentliche Form vorschreibt,
„wird sich daher nicht behaupten lassen, daß einem Straf-
„urtheile, welches bloß auf den Ausspruch des Physikats
„gefällt wurde, eine wesentliche gesetzliche Grundlage ab-

„gehe, es wird sich vielmehr mit Recht die Ansicht verthei-
„digen lassen, daß die Frage über die Zweckmäßigkeit der
„Einholung eines Superarbitrii dem Ermessen des urthei-
„lenden Richters anheim gegeben sey, und daß sie in ge-
„ringfügigen, nicht verwickelten Strafsachen ganz umgan-
„gen werden könne."

In Anwendung dieser Sätze, hielt der Referent ein Superarbitrium in diesem Falle nicht für nöthig, da das Physikats-Gutachten eine befriedigende Entwicklung der Gründe, aus welchen es das Vorhandenseyn einer zwar nicht lebensgefährlichen, jedoch einer solchen Verletzung annähme, welche ärztliche Hülfe erfordert habe, enthalte, und da dieser sein Ausspruch durch den eingetretenen Erfolg, als richtig unterstützt werde.

Der Instructivvotant vereinigte sich jedoch in diesem Punkte nicht mit der referentischen Ansicht. Er vermeinte, daß es schon in der Natur der Sache liege, und in der Anstellung der Medizinal-Referenten bei den Collegien, daß ein Superarbitrium von ihnen einzuholen sey. — Ohne dasselbe würde nicht selten der Inquisit gefährdet werden; der Arzt und Wundarzt, der einmal die Kur übernommen gehabt, sey es, um sich damit ein Verdienst zu machen, oder weil er die Sache anfangs für wichtiger nahm, als er sie nachmals erkannte, könnte leicht verführt werden, auf seiner Ansicht zu beharren. Und dieses dürfte wohl der Hauptgrund gewesen seyn, warum die hohen Staatsbehörden die Beiziehung der Medizinalreferenten zu den höhern Justiz-Collegien für räthlich und nothwendig angesehen haben.

Die Mehrheit des Pleni erachtete, daß es nicht gesetzlich vorgeschrieben sey, in solchen Fällen immer das Superarbitrium des Medizinal-Referenten einzuholen, sondern daß dieses in der einzelnen Sache von dem Ermessen des Collegii abhänge.

In substrato ward jedoch die Einholung beliebt, vornehmlich aus dem Grunde, weil der Recurrent sie ausdrücklich in dieser Instanz verlangt hatte. — Bei dieser Gelegenheit ward von einigen Stimmführern die Ansicht aufgestellt, daß der Medizinalreferent als ein Mitglied des Collegii anzusehen sey, und als solches gehört werden müsse, die Majorität aber betrachtete ihn nur als einen berathenden Kunstverständigen, den das Collegium nach Umständen zuziehen könne, oder nicht.

IV.

Miscellen und Nachträge.

Verschiedene Ansichten des Oberhofgerichts und des niederrheinischen Hofgerichts über die Auslegung der §§. 131. und 1190. der Prozeß-Ordnung.

(In Sachen Lorenz Gerner und Consorten gegen Lauer und Consorten.)

Daß genannte Specialsache in Gemäßheit des §. 385. der neuen Prozeßordnung, der zweiten Instanz zur weitern Verhandlung zurückgesendet wurde, darüber ist das erste Heft der neuen Folge oberhofgerichtlicher Jahrbücher S. 10. nachzusehen.

In den damaligen Entscheidungsgründen und im Vortrage des Respicienten waren unter andern die Sätze enthalten: 1) da Advocat K. Hofgerichts-Advocat ist, so brauchte er zur Einführung der Appellations-Rechtfertigung keinen Procurator, dieser Grund zur Rückgabe der Appellationsschrift an denselben zeigt sich daher als unrichtig.

2) Nach §. 1190. der Prozeßordnung fängt die Anmeldungsfrist der Appellation und Oberappellation jeder Parthie erst von der Zeit zu laufen an, wo ihr selbst das beschwerende Erkenntniß verkündet oder zugestellt worden ist.

Dagegen trug das Hofgericht seine Zweifel dem Oberhofgerichte in Folgendem vor:

Zu 1)., nach §. 248. der O. G. Ordnung habe Adv. K. zur Einreichung seiner Schrift zwar allerdings keines Procurators, aber doch eines Substituten bedurft. Daran scheine nun der §. 131. der neuen Prozeß-Ordnung nichts geändert zu haben, welcher durch den Ausdruck: Gewalthaber sowohl den Procurator als den Substituten bezeichne, und unter dem: beim Gerichtshofe aufgestellten Obergerichts-Advokaten nur die am Sitze des Gerichts anwesenden verstehen könne. Nach Einführung des mündlichen Verfahrens sey es nämlich viel wesentlicher, als früher, daß jede Parthie einen in loco wohnenden Bevollmächtigten aufstelle, indem der Verkehr des Gerichtshofes mit den Anwälten nunmehr häufiger und genauer als früher sey, und die Zumuthung, mit auswärtigen Advokaten in Correspondenz zu treten, nur zu Verzögerungen im Verfahren führen müsse. — Wie wäre es z. B. thunlich, die Fixation der Tagfahrt in öffentlicher Sitzung vorzunehmen, oder einen in Wertheim wohnenden Anwalt, in Gemäßheit des §. 1214. der Prozeß-Ordnung, in die nächste Gerichts-Sitzung zur Nachweisung der Appellations-Statthaftigkeit vorzuladen? *)

Das Hofgericht erklärte sich demnach dafür, auch fernerhin darauf halten zu wollen, daß kein Schriftsatz angenommen werde, der nicht von einem am Orte anwesenden Anwalte als Gewalthaber überreicht worden, und glaubte dadurch die Rückgabe der Rechtfertigungsschrift, unter Ver-

---

*) Beim Oberhofgerichte, wo dermalen mehrere öffentliche Sitzungen sind, als beim Hofgerichte, und wo also die Zeit für den Respicienten und den Anwalt, um sich für die Sache zu präpariren, zu kurz fallen würde, wird der §. 1214. nur von einer der nächsten Sitzungen verstanden.

weisung auf §. 131. der Prozeß-Ordnung, gerechtfertiget zu haben.

Zu 2)., wenn die oberhofgerichtliche Auslegung des §. 1190. der Pr. Ordnung richtig seyn sollte, so müsse das Hofgericht eine Aenderung in der Art und Weise der Verkündung seiner Urtheile vornehmen, indem solche nur den in der öffentlichen Sitzung anwesenden bevollmächtigten Anwälten, und nur in deren Ermanglung der Parthie selbst publicirt würden; ein Verfahren, welches, so viel das Hofgericht wisse, auch vom Oberhofgerichte eingehalten werde. Welche Weiterungen übrigens daraus entstehen würden, wenn jeweils die Urtheile auch der Parthie selbst verkündet resp. insinuirt werden müßten, werde das Oberhofgericht eben so sehr ermessen, als die Unzweckmäßigkeit eines solchen Verfahrens einleuchtend sey.

Auch scheine dieses vom Gesetze nicht vorgeschrieben zu seyn. Betrachte man zwar den §. 1190. einzeln, so erhöben sich allerdings Zweifel über dessen Sinn; diese müßten jedoch schwinden, wenn man ihn mit andern Bestimmungen der Prozeß-Ordnung, insbesondere mit §. 380. zusammenhalte. Dieser Paragraph enthalte die allgemeine und für alle Instanzen geltende Vorschrift, daß die Urtheile entweder den Parthieen oder ihren Bevollmächtigten mündlich zu eröffnen, oder schriftlich zu behändigen seyen. Nach §. 386. wäre den Parthieen oder ihren Anwälten die Appellations-Belehrung zuzustellen. Endlich setze der §. 388. die Folgen fest, wenn demungeachtet die Appellationsfrist fruchtlos umlaufen sey; nur bei Versäumungs-Erkenntnissen schreibe der §. 567. Ausnahmsweise vor, daß solche nicht blos den Bevollmächtigten, sondern in jedem Falle der Parthie selbst zu behändigen seyen; eine Bestimmung, die ganz überflüssig wäre, wenn jedes Erkenntniß der Parthie selbst behändiget werden müßte. Gerade aus diesen Ausnahmen folge daher die Richtigkeit der vom Hofgerichte aufgestellten Regel.

Man glaube daher, daß unter dem Ausdrucke „Parthie“ des §. 1190., nicht ausschließlich die Parthie selbst verstanden werde, sondern darunter auch ihr Bevollmächtigter, ihr alter ego begriffen werden müsse.

Nach §. 142. der Prozeß-Ordnung bedürfe nämlich der Anwalt zur Anhörung der Urthelsverkündigung keiner Special-Vollmacht, und mit Recht sey daher schon in den gewöhnlichen Vollmachts-Formularien hierwegen die geeignete Bestimmung aufgenommen worden.

Da das Hofgericht wünschte, die oberhofgerichtliche Ansicht über diese beiden Punkte zu erfahren, um sich entweder mit denselben zu conformiren, oder nach eigenem Ermessen fernerhin zu verfahren, so kamen diese beiden Gegenstände zu einer weitern Berathung im Plenum.

Es äusserte sich der oberhofgerichtliche Votant darüber folgendermaßen.

Zur ersten Frage: Der §. 131. der Pr. Ordnung verordnet:

„Bei den Obergerichten müssen die schriftlichen Vorträge „der Parthieen von Gewalthabern überreicht werden, welche „aus der Zahl der bei dem Gerichtshofe aufgestellten Ober„gerichts-Advokaten zu wählen sind.“

Die Prozeß-Ordnung geht davon aus, daß künftig alle Anwälte eines Obergerichts an dem Sitze des Gerichts wohnhaft seyn sollen; denn nur unter diesen Bedingungen sind verschiedene Vorschriften der Prozeß-Ordnung ausführbar. Auf das factische Verhältniß, daß mehrere Hofgerichts-Advokaten, wie dieses namentlich bei dem mittel- und unterrheinischen Hofgerichte der Fall ist, nicht am Sitze des Gerichts wohnen, nimmt die Prozeßordnung keine Rücksicht. Diesen Anwälten kann man ihr Anwaltschaftsrecht nicht nehmen, und doch paßt jene ältere Einrichtung zur neuen Prozeß-Ordnung nicht. Mit dem §. 248. der Obergerichts-Ordnung kann hier nicht geholfen werden, weil diese ganze

Verordnung auf das neue Verfahren keine Anwendung findet.

Bei Einführung der neuen Prozeß-Ordnung hätte also hierüber die geeignete Anordnung ergehen sollen; welches, nach des Votanten Ansicht, entweder dadurch hätte geschehen können, wenn man sämmtlichen, ausserhalb des Sitzes der Hofgerichte wohnhaften Hofgerichts-Advokaten aufgegeben hätte, bei Verlust des Anwaltschaftsrechtes an dem Sitze des betreffenden Hofgerichts ihren Wohnort zu nehmen; oder daß man eine transitorische Verordnung erlassen hätte, wonach den dermaligen, ausserhalb des Hofgerichtssitzes wohnhaften Hofgerichts-Advokaten zwar die Beibehaltung ihres bisherigen Wohnsitzes gestattet, aber zugleich aufgegeben worden wäre, zur Einreichung ihrer schriftlichen Vorträge, und zum Empfange der hofgerichtlichen Verfügungen, Substituten aus der Zahl der am Hofgerichtssitze wohnhaften Anwälte aufzustellen.

Keines von beiden ist jedoch geschehen. Nach dem Wortlaute des §. 131. der neuen Pr. Ordnung haben alle bei dem Gerichtshofe aufgestellte Obergerichts-Advokaten, also auch die dermalen mit Erlaubniß ausserhalb des Gerichtssitzes wohnhaften, das Recht, schriftliche Vorträge bei den Hofgerichten einzureichen. Die durch das Hofgericht verfügte Zurückgabe der Rechtfertigungsschrift an Adv. K. und das daraus hergenommene Versäumungs-Erkenntniß war also nicht nur hart für die Parthie, sondern auch dem Gesetze nicht gemäß, weil K. als Hofgerichts-Advokat zur unmittelbaren Einreichung der Schrift beim Hofgerichte berechtigt war.

Dem Hofgerichte dürfte dieses zu eröffnen seyn mit der Bemerkung, daß dem Oberhofgerichte der Mißstand keineswegs entgangen sey, welcher für die Prozeßleitung dadurch entstehe, daß mehreren Hofgerichts-Advokaten erlaubt sey, ausserhalb des Gerichtssitzes zu wohnen, daß man aber die

Art nicht billigen könne, wie dieser Mißstand in dem gegenwärtigen Falle habe beseitiget werden wollen. —

Zu dem zweiten Gegenstand, die Auslegung des §. 1190. der Prozeßordnung betreffend, trug der Votant vor:

Der gedachte Paragraph verordnet:

„Die Anmeldungsfrist (der Appellation) läuft jeder Par„thie von der Zeit an, wo das Urtheil derselben mündlich „verkündet, oder ihr oder ihrem für den Empfang der Ein„händigungen aufgestellten Gewalthaber schriftlich behändigt „worden ist."

In diesem Paragraph steht kein Wort von der Verkündung oder Zustellung der Urtheile an die Anwälte, sondern nur von der Zustellung oder Verkündung an die Parthieen selbst, oder die bei Ausländern, nach §§. 279 — 285. an ihre Stelle tretenden Gewalthaber zum Empfange aller Einhändigungen, — welche durchaus nicht mit den Anwälten verwechselt werden dürfen. —

Nach dem Wortlaute der Pr. Ordnung ist daher die Anmeldungsfrist der Appellation nur von der Zeit der Verkündung oder Behändigung der Urtheile an die Parthieen selbst, oder für Ausländer an die zum Empfang aller Einhändigungen aufgestellten Gewalthaber zu rechnen. — Wenn nun das Hofgericht das Gesetz gegen seinen Wortlaut dahin verstehen will, daß die Appellations-Anmeldungsfrist auch von der Verkündung der Urtheile an die Anwälte gerechnet werden müsse, so kann Votant den Grund dieser Interpretation nur darin finden, daß das Hofgericht sich noch zu sehr an die Vorschriften des alten Verfahrens halten will.

Es suchte weiter der Proponent folgende Sätze zu vertheidigen:

1) Daß die in dem hofgerichtlichen Berichte angeführten Paragraphen der Prozeß-Ordnung mit der wörtlichen Auslegung des §. 1190. sehr wohl vereinbarlich seyen. Zu dem Ende bemerkte er: die Verkündung der Urtheile geschieht, nach §. 380. der Pr. Ordnung, allerdings eben

so gültig an die Anwälte, als an die Parthieen selbst, und zwar mündlich; und wenn auch der nicht erscheinenden Parthie oder ihrem Anwalte, nach §. 383., das Urtheil schriftlich behändiget wird, so gilt dasselbe doch gleichwohl von der zur mündlichen Verkündung anberaumt gewesenen Tagfahrt an, in der Beziehung für eröffnet, daß die nach Inhalt des Urtheils von seiner Eröffnung an laufenden Fristen zur Antretung eines Beweises, Ablegung eines Eides und Erfüllung anderer urtheilsmäßigen Auflagen, von eben dieser Tagfahrt an zu berechnen sind.

Von dieser Regel gestattet der §. 380. da eine Ausnahme, wo wegen zu weiter Entfernung der Parthieen oder ihrer Anwälte vom Gerichtssitze, die mündliche Eröffnung mit zu großen Kosten verbunden wäre, und wo alsdann schriftliche Eröffnung des Urtheils an die Stelle der mündlichen tritt, und alle urtheilsmäßigen Fristen erst vom Tage der schriftlichen Behändigung zu laufen anfangen; — ein Fall, der übrigens nur bei Untergerichten vorkommen kann, weil bei den Obergerichten die Parthieen durch beim Gerichte aufgestellte Obergerichts-Advokaten vertreten seyn müssen.

Eine andere Regel als für die Berechnung der urtheilsmäßigen Fristen gilt für den Anfang der Rechtskraft; diese nimmt nach §. 388. bei denen einem weitern Rechtszuge unterworfenen Urtheilen ihren Anfang:

„Von Ablauf der zur Anzeige der Appellation gesetzlich „bestimmten Frist."

Wann aber diese abläuft, sagt der §. 1190., nämlich in 14 Tagen von der Zeit an, wo der Parthie oder dem sie vorstellenden Insinuations-Mandatar das Urtheil eröffnet oder schriftlich behändigt worden ist.

Der zweite vom Votanten vertheidigte Satz war:

„Die Vorschrift des §. 1190. führt durchaus keine „Nothwendigkeit herbei, in der bisherigen Art der Urtheils-„verkündung irgend etwas zu ändern."

Zur Ausführung dieser Behauptung deducirte der Votant: der Bestimmung jenes Paragraphen ungeachtet, muß das Hofgericht seine Urtheile so verkünden, wie es der §. 380. der Proceßordnung vorschreibt. Es ist durchaus keine Nothwendigkeit vorhanden, eine andere Verkündungsweise einzuführen. Wer den französischen Proceß kennt, welcher unserer Proceßordnung rücksichtlich der Formen größtentheils zum Muster gedient hat, der weiß, daß dort die Urtheile den Anwälten eben so mündlich eröffnet werden, wie bei uns, und daß dennoch der Anwalt, dem daran gelegen ist, daß die Appellationsfrist zu laufen anfange, der Gegenparthie das Urtheil behändigen läßt. Den Hofgerichten kann es gleichgültig seyn, ob ihre Urtheile rechtskräftig werden oder nicht; dafür mag die Parthie sorgen, welche ein Interesse dabei hat, daß das Urtheil die Rechtskraft beschreite. Dieses hindert jedoch nicht, daß die Parthie, der an Beschleunigung des Appellations-Processes gelegen ist, die Appellation anzeige und rechtfertige, eher, als ihr die Gegenparthie das Urtheil hat insinuiren lassen.

Drittens hatte der Votant den Satz aufgestellt:

„Die Proceßordnung enthalte noch andere Vorschriften, „welche deutlich zeigten, daß die Frist zur Appellations-„Anmeldung nicht von der Verkündung der Urtheile an die „Anwälte abhänge, sondern nur von ihrer Verkündung an „die Parthie selbst, oder ihren Insinuations-Mandatar ge-„rechnet werden dürfe."

Diesen Satz motivirte derselbe dadurch: der Ablauf der Frist zur Appellations-Anzeige hat eine ganz ähnliche Wirkung, wie der Ablauf der Wiederherstellungs-Frist bei Versäumungs-Urtheilen. Wenn dazu noch der Ablauf der 42tägigen Rechtfertigungsfrist kommt, so findet nach §. 1205. eine Wiederherstellung nur noch auf den Grund und auf den Beweis von Krankheit, Abwesenheit oder höherer Gewalt statt, wie dieses der §. 661. bei der Wiederherstellungs-Frist gegen

Versäumniß-Erkenntnisse verordnet. Ganz consequent hat deßhalb die Proceßordnung im §. 657. und 1190. verordnet, daß zu Hervorbringung gleicher Wirkung, die Verkündung oder Zustellung des Urtheils an die Parthie selbst geschehen müsse.

Eine Bestätigung der vom Votanten angenommenen wörtlichen Interpretation des §. 1190. gibt der §. 1192., welcher sagt, daß es Sache der Parthie sey, durch Zustellung des Urtheils an den Gegentheil zu bewirken, daß die Frist zur Appellations-Anzeige zu laufen anfange. Eine gleiche Bestätigung findet sich in der, nach §. 1191. immer nach der Entfernung der Parthie vom Gerichtssitze geschehenden Berechnung der Zusatztage, welche bei Appellation oder Oberappellation gegen Urtheile der Obergerichte entweder niemals statt finden könnte, weil der Anwalt, dem das Urtheil eröffnet wird, immer am Sitze des Obergerichts anwesend ist; oder es würde doch, wenn man den §. 658. mit dem §. 1191. vergleicht, eine Inconsequenz in Berechnung der Zusatztage bei der Appellations-Anzeigefrist darin liegen, daß in einem wie in dem andern Falle, die Zusatztage nach der Entfernung des Wohnsitzes des Appellanten, wie desjenigen, der Wiederherstellung gegen ein Versäumniß-Erkenntniß nachsucht, berechnet werden sollen. Während doch, wenn die Appellations-Anzeige von der Zeit der Urtheils-Eröffnung an den Anwalt zu laufen anfinge, die Correspondenz zwischen dem Anwalt und dem Appellanten über die zu ergreifende Appellation, den Weg zwischen dem Gerichtssitze und dem Wohnorte des Appellanten doppelt zu machen hat; indem eine fürsorgliche Appellations-Einlegung, wie solche nach dem §. 189. der O. G. Ordnung geschehen mußte, nach dem neuen Verfahren nicht mehr statt findet.

Dieses Gutachten ward dem Großh. Hofgerichte des Niederrheins mit dem Bemerken mitgetheilt, daß das Oberhofgericht mit denen darin aufgestellten Ansichten einverstanden sey.

Behandlung der Ehrenkränkungen bei dem Oberhofgerichte.

Die verschiedenen Ansichten des hiesigen Hofgerichts und des Oberhofgerichts in einer reinen Injurien-Sache, d. h. einer solchen, welche nicht mittelst der Presse zugefügt war, veranlaßte

I.

Eine Differenz darüber, ob dergleichen Sachen in öffentlicher Sitzung verhandelt werden sollten?

Der Anwalt beim Hofgerichte hatte den Satz aufgestellt: daß, wenn gleich das durch das Preßgesetz vorgeschriebene Verfahren hier keine Anwendung finden könne, doch, nach §. 3. der Instructiv-Verordnung vom 17. Februar 1832., nach §. 14. des Gesetzes über die Ehrenkränkungen, und weil Injurien-Sachen jetzt Civil-Sachen seyen, nothwendig das öffentliche Verfahren eintreten müsse.

Das Hofgericht war nicht dieser Ansicht, weil die Instructiv-Verordnung nicht auf diejenigen Paragraphen des Preßgesetzes verweise, welche öffentliches Verfahren vorschrieben, weil mit der Bestimmung, daß über Ehrenkränkungen nur gerichtliches Verfahren statt finde, nicht gesagt sey, daß dabei die Civil-Proceßordnung zur Richtschnur dienen müsse, sondern nur soviel, daß dabei kein Verfahren im polizeilichen Wege mehr Platz greifen solle, — und weil endlich die neue Proceßordnung, welche nach ihrem §. 1. nur für rein bürgerliche Rechtsstreitigkeiten bestimmt sey, der Injurien-Sachen gar nicht erwähne, darauf auch um so weniger berechnet seyn könne, als sonst eine Instructiv-Verordnung ganz überflüssig gewesen seyn würde.

Anderer Meinung war jedoch das Oberhofgericht, und drückte in einem Erlasse an das hiesige Hofgericht seine

Gründe dahin aus: „die Injurienklage ist ihrer Natur nach „eine Privatklage. Nach unserer frühern Gesetzgebung hatte „aber bei einer solchen Klage nur polizeiliches Verfahren „statt. — Durch das Gesetz vom 28. December 1831. über „die Ehrenkränkungen §. 14. ist das gerichtliche Verfahren „wieder hergestellt worden."

„Allein durch die Vollzugs-Verordnung vom 17. Febr. „1832., nach welcher bei der Injurienklage mehrere Be„stimmungen des Preßgesetzes in Anwendung kommen, ist „ein gemischtes Verfahren entstanden, zusammengesetzt aus „dem Anklageproceß und dem reinen Civilproceß. „Der Letztere tritt in der Appellations-Instanz unbedingt „ein, hier können also nur die Vorschriften der Civil„Proceß-Ordnung in Anwendung kommen, so weit das „Injurien-Gesetz und die dazu gehörige Vollzugs-Ordnung „nicht ausdrücklich etwas Anderes verordnet. Dieses ist „aber der Fall nicht, daher es bei der Regel zu verbleiben „hat, welche öffentliches Verfahren vorschreibt."

Das Hofgericht berichtete nun an das Großh. Justiz-Ministerium, und einen gleichen Bericht erstattete auch das Oberhofgericht, dazu aufgefordert.

Nachdem dieser Gegenstand an das Großh. Staats-Ministerium gelangt war, so erging von dieser höchsten Stelle unterm 28. November 1832. eine Erklärung dahin:

„Ehrenkränkungen und Verläumdungen sind nach den „frühern Gesetzen polizeilich untersucht und entschieden wor„den, wenn nicht eine besondere Qualification die gericht„liche Behandlung begründete."

„Nach dem Gesetz vom 28. December 1831. findet „über Ehrenkränkungen und Verläumdungen unbe„dingt nur gerichtliches Verfahren statt. Dieses „Verfahren hat aber keine nähere Bestimmung erhalten, „außer daß nach §. 12. nur auf Klage des Beleidigten „oder des Staats-Anwaltes eingeschritten werden kann, daß

„nach §. 14. die Berufung an das Obergericht zugelassen „ist, und daß in eben diesem Paragraphen einige Vorschrif„ten über den Gerichtsstand gegeben sind.“

„Das frühere Verfahren hat also nur in denjenigen „Punkten eine Abänderung erlitten, in welchen das neue „Gesetz eine Abänderung statuirt hat, und aus diesem Ge„sichtspunkte hat die Vollzugsverordnung vom 17. Febr. „1832. nur auf diejenigen Paragraphen des Preßgesetzes „hingewiesen, welche zu Hülfe zu nehmen waren, um die „neuern Institutionen der Anklage der Staatsanwaltschaft „und der Appellation in Vollzug zu setzen, und nebenbei „wurden die Regeln über die Recusation mit aufgenommen, „weil sie jedem Proceß-Verfahren, es sey ein bürgerliches „oder ein Strafverfahren, gemeinschaftlich sind.“

„Hieraus ergibt sich, daß das frühere Untersuchungs-, „beziehungsweise Beschuldigungs-Verfahren und die nach„folgende Entscheidungsweise in Allem unverän„dert bleibt, worin eine Abänderung durch das neue Gesetz „und die Vollzugsordnung nicht geboten ist.“

„Namentlich leidet die Oeffentlichkeit des Verfahrens „weder nach Vorschrift der bürgerlichen Proceßordnung „§. 1097. noch nach jener des Preßgesetzes §. 58. auf das „Verfahren über Ehrenkränkungen und Verläumdungen An„wendung. Vielmehr bleibt es sowohl in erster als zweiter „Instanz bei der Entscheidungsweise, wie sie früher über„haupt in Strafsachen statt gefunden hat und noch statt „findet, nämlich in nicht öffentlicher Sitzung, und auf „Vortrag des Referenten aus den Untersuchungs-Acten, „beziehungsweise über die Beschwerdeschrift.“

Damit war also die Frage über das öffentliche Verfahren in Ehrenkränkungen und Verläumdungen entschieden, und zwar nach der hofgerichtlichen Ansicht.

II.

Ausserdem aber kamen noch einige nähere Bestimmungen über die Procedur in solchen Sachen in der Appellations-Instanz in Frage; namentlich die: da ohngeachtet bei Injurienklagen in der Regel nur zwei Instanzen statt finden, doch Fälle denkbar wären, wo gegen Verfügungen des Hofgerichts als Richter zweiter Instanz Beschwerden bei dem Oberhofgerichte zulässig sind, — ob in diesen Fällen eine Beschwerde an das Oberhofgericht gelangen könne?

Ueber die gerichtliche Behandlung der Ehrenkränkungen, in Bezug auf das Rescript des Großh. Justiz-Ministerii vom 28. Dec. 1832. und den Erlaß des Großh. Staatsministerii vom 28. Nov. 1832. ward im oberhofgerichtlichen Collegio ein umfassender Vortrag erstattet, derselbe dem Großh. Justiz-Ministerium eingesendet, und anheim gestellt, entweder mittelst unmittelbarer Eröffnung das Nöthige an die Obergerichte, oder mittelst Erwirkung eines provisorischen Gesetzes aus Großh. Staatsministerium — das Verfahren bei Ehrenkränkungen zu reguliren.

Es ward demnächst vom Großh. Justizministerium dem Oberhofgerichte durch Beschluß vom 23. April d. J. zu erkennen gegeben:

„Nachdem durch höchste Staatsministerial-Entschließung „vom 28. Nov. v. J. der Grundsatz ausgesprochen wor„den, daß Injuriensachen lediglich als (bürgerliche) Straf„sachen zu betrachten, und nach den früher bestandenen „Gesetzen zu behandeln seyen, in so weit nicht durch das „Ehrenkränkungs-Gesetz und die Instructiv-Verordnung „dazu, eine ausdrückliche Aenderung gemacht worden, so „kann unter dieser einmal bestimmten Voraussetzung kein „Zweifel darüber obwalten, daß nur die in der Instructiv„Verordnung ausdrücklich erwähnten §§. 78. — 80. des „Preßgesetzes, keineswegs aber auch die weitern Vorschrif-

„ten desselben, bei den Recursen in Injurien-Sachen zur „Anwendung kommen; vielmehr in allen übrigen Punkten „auf die für Recurse in andern Strafsachen überhaupt be„stehende gesetzliche Vorschriften zurückgegangen werden muß, „nach welchen von Restitutionen gegen Fatalien und von „Appellationen, so wie überhaupt vom Recurse im dritten „Rechtszuge um so weniger die Rede seyn kann, als dem „Verurtheilten immer noch der Recurs zur Gnade an dies„seitiges Ministerium offen steht, welches schon selbst aus „Rechtsgründen, eine Milderung der erkannten Strafe ein„treten zu lassen, und aus andern Gründen eine Begna„digung mittelst Antrags an Se. Kön. Hoheit zum Staats„ministerium zu erwirken befugt ist."

Da dieser J. Ministerial-Beschluß dem Oberhofgerichte aufgab, seine etwaigen Bedenken in einem umfassenden, durch das Plenum zu beurtheilenden gutachtlichen Vortrag zur Sprache zu bringen, so ward, nach vorgängiger Berathung im vollen Rathe, dem G. Just. Ministerium ein Entwurf zu einem Publicandum, diesen Gegenstand betreffend, vorgelegt, der aber nur theilweise die Genehmigung des G. Staatsministerii erhielt.

Am 31. Juli d. J. rescribirte nämlich das G. Staatsministerium an G. Justizministerium, auf einen von letzterm erstatteten Vortrag: es könne nicht aus der Entschließung vom 28. Nov. 1832. gefolgert werden, daß die Procedur in Injuriensachen bei einfachen Injurien wie bei Preßvergehen gleich sey. Die damalige Anfrage habe sich lediglich auf die einfachen, nicht durch die Presse begangenen Ehrenkränkungen bezogen, und in dieser Beschränkung sey auch die hierauf ergangene Entschließung zu verstehen. Während also bei einfachen Injurien das gewöhnliche Strafverfahren (unter den in der Verordnung vom 17. Feb. v. J. enthaltenen Modificationen) fortbestehe, behalte es nicht minder bei Injurien, die durch die Presse begangen würden,

bei dem Verfahren des Preßgesetzes, insofern es nicht durch die Verordnung vom 28. Juli v. J. abgeändert worden, sein Bewenden.

Dann ward zu den einzelnen Paragraphen des vom Oberhofgerichte vorgeschlagenen Publicandums folgende Erinnerung gemacht:

Was die §§. 1. 2. 5. enthielten, fand seine hinlängliche Bestimmung bereits in der Verordnung vom 17. Feb. v. J.

(Diese Paragraphen enthielten Vorschläge zur gerichtlichen Verhandlung der Ehrenkränkungsachen.)

Die §§. 3. 4. so wie der Schlußsatz des §. 2. wurde nicht für angemessen erachtet, indem die Regeln des gewöhnlichen Strafverfahrens statt fänden, daher die Stellung des Privatklägers keine andere sey, als die des Denuncianten im Denunciationsprozesse, nach §. 8. des Organisationsedicts, und eben deßwegen auch so wenig ein schriftliches Verfahren statt finde, als es der Beifügung der Entscheidungsgründe im Urtheile bedürfe.

(An diesen Stellen hatte das Publicandum, ein mündliches aber nicht öffentliches Schlußverfahren, die Einrückung der Entscheidungsgründe in das Urtheil u. s. w. vorgeschlagen.)

Die §§. 6. 7. 8. beträfen das Appellations-, beziehungsweise Cassationsverfahren; welches jedoch für einfache Injuriensachen keiner andern Bestimmung bedürfe, als jener, welche theils im Allgemeinen für das Straf- und Recursverfahren beständen, oder insbesondere durch die §§. 1. 3. der Verordnung vom 17. Feb. gegeben seyen.

(In den allegirten §§. waren Vorschläge enthalten über die Instruirung der Sache im Appellationsverfahren, und insbesondere, wann die oberhofgerichtliche Entscheidung derselben aus dem Plenum oder aus dem Senate erfolgen solle.)

Als unter dem 20. Aug. d. J. dieses Rescript dem Oberhofgericht vom G. Justizministerium zugesandt ward, ließ dasselbe folgendes Publicandum zur Nachachtung der Advokaten anschlagen:

„1) In Klagsachen wegen Ehrenkränkungen, die nicht „durch die Presse verübt werden, soll das im §. 8. des achten „Organisationsedicts v. 1803. vorgeschriebene Verfahren des „Beschuldigungsprozesses statt finden, so weit nicht das Ge„setz über Ehrenkränkungen v. 28. Nov. 1831., oder die „Instructiv-Verordnung vom 17. Feb. 1832. eine Aende„rung vorschreibt.“

„2) Die Appellation gegen das erstinstanzliche Erkennt„niß ist, wenn es von einem Bezirksamte ertheilt wird, „bei diesem in der Regel mündlich zu Protocoll, gegen hof„gerichtliche Erkenntnisse aber beim Hofgerichte schriftlich zu „rechtfertigen.“

„3) Es wird in der Regel der appellatische Theil über „die Rechtfertigung nicht vernommen; dem Referenten bleibt „aber unbenommen, in Fällen, wo er die Vernehmlassung „desselben erforderlich hält, bei dem oberhofg. Collegio „auf deren Erhebung anzutragen.“

„4) ꝛc.

„5) Die achttägige Frist zur Appellationsrechtfertigung „kann aus erheblichen Gründen erstreckt, und eben so im „Falle ihrer Versäumniß vom Appellationsrichter ertheilt „werden.“

„6) Gegen hofgerichtliche Urtheile zweiter Instanz findet „ein dritter Rechtszug nur wegen unheilbarer Nichtigkeit „statt.“

Ist ein Miterbe schuldig, sich den Anschlag von einem heimgefallenen Erblehngute als Vorempfang anrechnen zu lassen?

(Maria Anna Busam gegen Maria Anna Haas.)

Bei dem Ableben der Großmutter, der Busam, der im Jahre 1831. verstorbenen Wittwe des Michael Busam,

war im Inventar der Maria Anna Busam, nachherigen Klägerin, ein Vorempfang von 2500 fl. in Aufrechnung gebracht worden. Davon wollte sie aber 2000 fl. in Abzug gebracht wissen, welcher Betrag in dem Anschlage eines Lehngutes bestand, welches die Großmutter bereits durch Vertrag vom 24. December 1806. mit mehreren andern Grundstücken, im Gesammtanschlage von 6000 fl. ihrem Sohne Joseph, dem Vater der Klägerin, übergeben hatte, und welches, nach dem im Jahre 1808. erfolgten Tode des Josephs, von dem Freiherrn von Schauenburg, als ein eröffnetes Mannlehn, eingezogen war.

Es erkannte die erste Instanz, so viel diesen Klagpunkt betraf: „daß die heimgefallenen Erblehngüter im Anschlage „zu 2000 fl. der Maria Anna Busam nicht als Vorem„pfang aufgerechnet werden dürfen, sondern als Verlust in „Abgang kommen."

Dieses Erkenntniß ward im fraglichen Gegenstande, vom mittelrheinischen Hofgerichte durchaus bestätigt, und als die Beklagte dagegen die Oberappellation rechtfertigte, erfolgte auch vom höchsten Gerichtshofe ein confirmatorisches Erkenntniß.

In der Oberappellations-Instanz ward das Urtheil der zwei vordern Instanzen vornehmlich aus den Gründen angefochten, weil a) der Anschlagpreis für das Erblehngut längst abgetragen sey, es sich folglich nicht von einer Einwerfung geschenkter Gegenstände, sondern nur um Umstoßung oder Aufrechthaltung des Vertrages vom 24. December 1806. handle, weßhalb die Klage im schlimmsten Falle, angebrachtermaßen abzuweisen seyn würde. b) Die Anfechtung dieses Vertrages sey aber um deßwillen unstatthaft, weil der Rechtsvorfahr der Klägerin, Joseph Busam, denselben nicht habe anfechten oder Entschädigung fordern können, indem er wohl gewußt habe, daß seine Mutter über das im Vertrage ausdrücklich als Lehngut be-

zeichnete, und nach Inhalt des Lehnbriefs ihm übergebene von Schauenburgische Lehen, kein Dispositionsrecht haben könne. c) Am allerwenigsten aber würde der Klägerin selbst die Anfechtung jenes Vertrages erlaubt seyn, da sie nicht bloß Rechtsnachfolgerin ihres Vaters Joseph B. sondern auch des andern Contrahenten, ihrer Großmutter, sey. Sie dürfe also die Handlungen dieser beiden Personen, nachdem sie deren Erbschaft angetreten, nicht anfechten; insbesondere nicht, nachdem sie die Erbschaft ihrer Großmutter sine beneficio inventarii angetreten habe.

Wie wenig jedoch diese und andere Argumente der Beklagten bei dem Oberhofgerichte Eingang fanden, ergibt sich aus folgenden Entscheidungsgründen:

„Es handelt sich in gegenwärtigem Rechtsstreite, inso„weit er den Posten von 2000 fl. betrifft, lediglich von der „Frage: ob rücksichtlich derselben eine Einwerfungspflicht „für die M. A. Busam gesetzlich begründet sey?"

„Diese Frage mußte aus folgenden Gründen verneint „werden. Das befragte Lehn kann schon darum nicht Ge„genstand einer Einwerfung in die großmütterliche Verlas„senschaft seyn, weil dasselbe, als Mannlehn, ohne Zweifel „von dem Großvater, Michel Busam, herrührt, und sol„ches also einen Bestandtheil des großväterlichen Nachlasses „gebildet hat.

„Sollte indessen auch bei dem Tode des Großvaters eine „Erbauseinandersetzung zwischen seinen Erben und dessen „Wittwe nicht statt gefunden haben, und daher die Thei„lung vom Jahre 1831. sowohl das großväterliche als groß„mütterliche Vermögen umfassen, so ist dennoch eine Ein„werfungspflicht rücksichtlich des Anschlags besagten Lehngutes „nicht begründet."

„Die Klägerin so wenig als die Beklagte haben in Be„ziehung auf das befragliche Lehn, bei dessen Eigenschaft als „Mannlehn, Erbberechtigungen. So wenig also dasselbe,

„wäre die Großmutter bis zu ihrem Tode in deſſen Beſitze „und Genuß verblieben, im Stück zu ihrem Nachlaß „hätte gezogen werden können, eben ſo wenig kann eine „Einwerfung ſeines Anſchlags gefordert werden. Denn, „fände die Einwerfung der Abſchlagsſumme von 2000 fl. „ſtatt, ſo würde auf dieſe Weiſe die Beklagte, ihrer eigenen „Lehensunfähigkeit ungeachtet, dennoch am beſagten Lehn im „Theil gehen; ſie würde dieſes auf Unkoſten und mit dem „Schaden der Klägerin thun, welche nach dem Tode ihres „Vaters nie zum Beſitze des Lehns gelangt iſt, und welche „daher daſſelbe eben ſo wenig jetzt im Stücke einzuwerfen „im Stande iſt, als ihr die Einwerfung des Anſchlags zu„gemuthet werden kann.“

„Nach den Beſtimmungen der L. R. Sätze 858. bis 860. „geſchieht bei vorempfangenen Liegenſchaften die Einwerfung „im Stück, wenn die Liegenſchaft noch vorhanden iſt, oder „durch Zurückſtehn in der Theilung, wenn das Grundſtück „vor dem Erbanfall veräußert worden iſt. Daraus „folgt, daß, wenn zur Zeit des Erbanfalls, eine vorem„pfangene Liegenſchaft ſich weder im Beſitze des Empfän„gers, oder deſſen Erben mehr befindet, noch auch von ih„nen veräußert worden iſt, ſondern vielmehr ein Dritter, in „Folge eines ihm ſchon früher zugeſtandenen Rechtes, ſolche „jetzt inne hat, keiner der im Geſetz unterſtellten Fälle, in „welchen die Einwerfung einer vorempfangenen Liegenſchaft „auf die eine oder die andere Weiſe ſtatt findet, vorhanden „ſey, mithin auch eine ſolche Einwerfung nicht begehrt „werden könne.“

„Gegen die Schuldigkeit zur Einwerfung einer ſolchen „vorempfangenen, aber von einem Dritten an ſich gezogenen „Liegenſchaft ſpricht insbeſondere die Vorſchrift des L. R. „Satzes 855., nach welchem Liegenſchaften, welche durch Zu„fall, ohne Schuld des Geſchenkgebers, zu Grunde gehen, „frei von der Einwerfung ſind. Als ein ſolcher Zufall

„ist es aber anzusehen, daß der Gutsübernehmer Joseph „B., bereits anderthalb Jahre nach dem Uebergabsvertrag „vom Jahre 1806. mit Tod abgegangen, und das Gut dem „Lehnherrn angefallen ist, während die Vertragsschließenden „Theile, bei Eingehung des erwähnten Vertrags, sicher von „der Voraussetzung ausgingen, daß Joseph B. männliche „Erben erhalten, und das Lehngut bei der Familie bleiben „werde."

„Wenn endlich, nach L. R. Satz 884., die Miterben „wegen solcher Störungen und Entwährungen, die aus „einer der Theilung vorhergegangenen Ursache entspringen, „sich gegenseitige Gewährleistung schuldig sind, so folgt „wiederum daraus, daß eine vorempfangene Liegenschaft, „welche den Miterben schon vor der Theilung, in Folge „des Rechtes eines drittern entzogen worden ist, kein Ge„genstand einer Einwerfung mehr seyn könne, indem eine „solche entwährte Liegenschaft, geschehe nun diese Entwäh„rung schon vor oder nach der Theilung, gerade so anzu„sehen ist, als hätte sie niemals zum Nachlaß des Erblas„sers gehört."

Die Schwan- und Götzische Hofbuchhandlung in Mannheim, welche zu allen literarischen Aufträgen sich bestens empfiehlt, hat die Ehre, den Herren Rechtsgelehrten anzuzeigen, daß sie sehr häufig Sendungen der neuesten, vorzüglichsten Werke über die französische Gesetzgebung aus Frankreich und den Niederlanden erhält, und überhaupt alle französische Bücher über Rechtswissenschaft in kurzer Zeit und zu billigen Preisen liefert. Sie fügt hier ein Verzeichniß von einigen der neuesten Ausgaben zur gefälligen Durchsicht an, welche großentheils bei ihr stets vorräthig sind.

Éditions diverses.

Merlin. Répertoire universel de jurisprudence, 5e et dernière édition, considérablement augmentée. 36 volumes gr. in-8. impr. sur deux colonnes, pap. vélin. Prix du vol.: 4 fl. 30 kr.

— Recueil alphabetique des Questions de droit qui se présentent le plus fréquemment devant les Tribunaux. 4e et dernière édition; 16 vol., en tout conformes à ceux du Répertoire. Prix du volume: 4 fl. 30 kr.

NB. Cette édition est la seule, dont toutes les épreuves aient été corrigées par M. Merlin.

Dalloz. Jurisprudence du XIXme siècle, ou Répertoire méthodique de la législation et de la jurisprudence moderne, en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public: ouvrage dans lequel la jurisprudence est précédée de la législation et de l'examen de la doctrine des auteurs, et de la discussion des questions importantes que les arrêts n'ont pas encore résolues. (1800 à 1825); 28 vol. gr. in-8. conformes à ceux des Oeuvres de Merlin. Prix: 126 fl.

NB. Ce nouvel ouvrage acquiert une réputation immense. Il est déjà cité devant tous les tribunaux.

Pothier. Oeuvres complètes. Nouvelle édition, mise en meilleur ordre par Dupin l'aîné, 8 vol. grand in-8. conformes à ceux des Oeuvres de Merlin. Prix: 36 fl.

NB. Cette édition est un chef-d'œuvre typographique.

Toullier. Droit civil français, suivant l'ordre du code. Nouvelle édition complète, 8 vol. imprimés sur pap. vélin, format grand in-8. conformes à ceux des Oeuvres de Merlin, Dalloz, Pothier. Prix: 37 fl.

— Contrat du mariage, 3 vol. in-8. Prix: 9 fl.

Sirey. Recueil général des lois et arrêts des cours de France, avec un supplém. contenant les arrêts des Cours de Belgique. 3 vol. gr. in-8. par année, conformes à ceux des Oeuvres de Merlin, etc. Prix: 13 fl. 30 kr.

— Même ouvrage, 1 gros vol. in-4. pour chaque année. Prix: 16 fl.

Sirey. Même ouvrage 1800 à 1830. 30 Tom. in-4. Prix: 175 fl.
— Même ouvrage, table vicennale 1800—1820. Prix: 10 fl. 30 kr.
— Même ouvrage, table decennale 1821—1830. Prix: 10 fl. 30 kr.
— Les Codes annotés, in-4. 1 fort vol. édit. de 1832. Prix: 15 fl.
— Théorie de jurisprudence du conseil d'état (1806—1832). 7 vol. in-4. Prix: 52 fl. 30 kr.

Duranton. Cours de droit français suivant le code civil. 8 à 9 volumes, conformes à ceux de Merlin, Dalloz. Prix du volume: 4 fl. 30 kr.

NB. Ce nouvel ouvrage sur le code civil acquiert une réputation très distinguée. Il va être bientot terminé.

Grénier. Traité des donations, des Testaments, et de toutes autres dispositions gratuites, suivant les principes du code civil, 4me édition, considérablement augmentée, 4 vol. gr. in-8. Prix: 12 fl.
— Traité des hypothèques. 2e édit. 2 vol. in-4. Prix: 16 fl. 30 kr.

Rogron. Code civil expliqué par ses motifs et par des exemples. 5e édition. 1 vol. in-8. Prix: 3 fl. 45 kr.
— Les cinq codes expliqués. 1 gr. vol. Prix: 13 fl. 30 kr.

Legraverend. Traité de la législation criminelle. 4e édit. 4 vol. gr. in-8. conformes aux Oeuvres de Merlin. Prix: 15 fl.

Lerminier. Introduction générale à l'histoire du droit. 1 vol. grand in-8. Prix: 2 fl. 30 kr.

Pailliet. Manuel de droit civil, commercial et criminel, contenant les cinq codes annotés. 8e édition. 1 gros vol. in-4. de 10 livraisons. Prix: 12 fl.

Bentham. Oeuvres. 3 volumes divisés en 6 parties, gr. in-8. papier vélin, sur 2 colonnes. Prix: 20 fl.

Dupin. Manuel des jeunes avocats. 1 vol. in-12. 1 fl. 30 kr.

Meyer. Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe. Nouvelle édition. 5 vol. in-8. Prix: 22 fl.

Lettres sur la profession d'avocat, par **Camus** enrichies de pièces etc. par **Dupin** ainé, Berville, Cormenin, Carré etc. Edition de 1833. 2 tomes gr. in-8. Prix: 8 fl.

Rogron. Code de commerce, nouvelle édition. 3 vol. in-8. Prix: 9 fl.

Grénier. Traité des donations, des testaments et de toutes autres dispositions gratuites. 2 vol. in-8. Prix: 7 fl. 30 kr.
— Traité des hypothèques. 2 vol. gr. in-8. Prix: 9 fl.

Chabot de l'Allier. Commentaires sur la loi des successions, cinquième édition. 3 vol. in-8. Prix: 9 fl.

Delvincourt. Cours de code civil. 8 vol. in-8. contenant le code civil **complet**. Prix: 24 fl.

Pardessus. Cours de droit commercial. 4 vol. in-8. Prix: 13 fl. 30 kr.

I.

Gegenstände des neuen Proceßrechts,

und

Entscheidungen unter dessen Herrschaft.

Digitized by Google

Anfechtung mehrerer Testamente aus verschiedenen Nichtigkeitsgründen.

(Advokat Faisoul gegen die Testamentserben und Vermächtnißnehmer der A. Maria Faisoul.)

Die im ledigen Stande verstorbene A. Maria Faisoul errichtete in Zeit eines Monates drei verschiedene Testamente, ein geheimes und zwei öffentliche. Dieses geschah im December 1829; sie starb am 30. desselben Monates.

In dem ersten Testamente, einem geheimen letzten Willen vom 16. Dec. 1829., waren unter andern zu Erben eingesetzt, des Amtsrevisors Ganter's Ehefrau, die Frau des Rathsbürgermeisters Schäfer u. s. f. — Der nachherige Kläger erhielt ein Vermächtniß von 25 fl.

Der zweite letzte Wille, vom 24. Dec. desselben Jahres, aufgenommen vom Theilungs-Commissair Carl Reif, unter Zuziehung von 4 Zeugen, hob das frühere Testament auf, und bestimmte mehrere Personen zu Erben an Geld und Güterstücken. — Dem Advokat Faisoul wurden darin 100 fl. ausgeworfen, die aber auf 10 fl. reducirt wurden, und welche Bürgermeister Schäfer zur Aufbewahrung behalten und davon, nach gutdünkendem Bedürfniß, die Behändigungen ertheilen sollte.

Endlich erklärte das dritte Testament, vom 26. Dec. 1829., von Theilungs-Commissair Schellenbauer vor 4 Zeugen aufgenommen, den zweiten letzten Willen aufgehoben, und das früher errichtete geheime Testament für gültig.

Nach dem 4. §. dieser Urkunde sollte aber jener geheime letzte Wille nur in der Art in Wirkung treten, daß, wenn das baare Geld und die Legate verabfolgt seyn würden, die Schäfer'sche und Ganter'sche Ehefrauen zu Universalerbinnen zu dem Reste des sämmtlichen Vermögens eingesetzt seyn sollten. Der nachmalige Kläger, Adv. Faisoul, ward von der Erbschaft gänzlich ausgeschlossen.

Dieser, der Brudersſohn und nächste Verwandte der Testirerin, trat im März 1830. mit einer Klage auf, in welcher er bat, die testamentarischen Anordnungen der A. Maria Faisoul für ungültig und nichtig zu erklären, und dagegen die Intestaterbfolge eintreten zu lassen. Dieses Gesuch wollte er dadurch begründen: 1) daß der Testirerin wegen Schwach- oder Blödsinns die Fähigkeit zu testiren gemangelt habe. 2) Daß sie durch falsche Vorspiegelungen, Ueberredungen, Gefährde und Zwang bestimmt worden. 3) Daß der Fertiger des letzten Testamentes, Theilungs-Commissair Schellenbauer, zur Testamentsaufnahme nicht berufen, sondern unaufgefordert erschienen sey, und eigenmächtig gehandelt habe. 4) Daß derselbe bei dieser Geschichte nicht ohne Interesse gewesen, indem seine Braut mit deren Mutter, ingleichen die Frau und Tochter seines Principalen, Amtsrevisors Ganter, in dem Testamente bedacht worden. 5) Daß die Erblasserin ihren letzten Willen nicht vorgesprochen, ehe er niedergeschrieben worden, und daß das Niedergeschriebene ihr nicht vorgelesen sey. 6) Endlich, daß die Testamentshandlung durch den Eintritt des Arztes unterbrochen worden, und daß die Testamentszeugen nicht von Anfang an zugegen gewesen wären. — Diese behaup-

teten Richtigkeiten sollten größtentheils durch vorgeschlagene Zeugen erwiesen werden.

Nachdem das Amt die Zeugen abgehört hatte, deren Aussagen theilweise in den Entscheidungsgründen vorkommen, erkannte es am 21. April 1831.:

„daß die Nichtigkeitsklage als ungegründet zu verwer„fen, und Kläger in die Kosten zu verfällen sey."

Auf ergriffene Appellation änderte das Großh. Hofgericht des Mittelrheines am 9. Januar 1833. dieses Erkenntniß theilweise dahin ab:

„daß das von der A. Maria Faisoul unter dem 26. „Dec. 1829. vor dem Theilungs-Commissair Schellen„bauer und vier Zeugen errichtete öffentliche Testament für „nichtig zu erklären, jedoch jenes, welches dieselbe am „24. Dec. desselben Jahres vor dem Theilungs-Commissair „Reif und vier Zeugen, ebenfalls in öffentlicher Form „errichtet hat, noch zur Zeit aufrecht zu erhalten sey."

Adv. Faisoul ergriff gegen dieses Urtheil die Oberappellation an den höchsten Gerichtshof, welcher, nach gepflogenen schriftlichen und mündlichen Verhandlungen, erkannte:

„daß das hofgerichtliche Urtheil vom 9. Januar 1833. „aufzuheben, und der oberamtliche Bescheid vom 21. April „1831. wieder herzustellen sey, unter Verfällung des Klä„gers in sämmtliche Kosten."

Die Entscheidungsgründe waren folgende:

1) Die vom Theilungs-Commissair Schellenbauer aufgenommene Urkunde über die letztwillige Verfügung der A. M. Faisoul vom 26. Dec. 1829. hat keinen sichtbaren Fehler, und es ist demnach alles beobachtet, was zur Gültigkeit eines öffentlichen letzten Willens unser Landrecht in den Sätzen 971. bis 975. vorschreibt. Darum und weil

2) öffentliche Urkunden überhaupt, nach L. R. Satz 1320. vollständig für diejenigen beweisen, zu deren Gun-

sten sie lauten, muß derjenige, welcher die Ungültigkeit derselben behauptet, nicht nur die Gründe dieser Ungültigkeit namentlich angeben, sondern sie auch beweisen. Ersteres hat

3) Kläger gethan, indem er behauptet ꝛc.

(Es folgen nun die vermeintlichen Nichtigkeitsgründe unter 6 Nummern von a. bis f., welche schon bei der Klage bemerkt wurden.)

Was aber

4) den Beweis der aufgestellten Behauptung angeht, so hat zwar ad a) Dr. Rehberger ausgesagt: „die A. M. „Faisoul war eine Person, die mit den gewöhnlichen „Lebensverhältnissen und den Menschen wenig vertraut, ich „kann sagen, Menschenscheu war. Wenig Verstand hatte „sie, aber einen blöden Geist, oder was man eigentlich „blödsinnig nennt, bemerkte ich nicht an ihr. Aus dem, „was ich zu beobachten Gelegenheit gehabt, schließe ich, daß „sie sich nicht so leicht durch andere Personen in ihren „Handlungen habe bestimmen lassen.“

Auch äusserte sich Regimentsarzt Diehl, der sie in ihrer Krankheit 3- bis 4 mal besucht, früher aber nicht gekannt haben will, über sie dahin:

„Ich habe wahrgenommen, daß die A. M. Faisoul „dumm war, über ihren Stand in der Welt und ihre Ver„hältnisse kein bestimmtes Urtheil fällen, also leicht bald zu „diesem, bald zu Jenem bewogen werden konnte; ihr gan„zes Wesen war ängstlich, eingeschüchtert und fast Men„schenscheu zu nennen.“

Allein, nach L. R. Satz 901. soll derjenige, welcher letztwillig verfügen will, blos bei gesundem Verstande seyn, das Gesetz fordert nicht auch, daß er viel Verstand habe, daß er nicht dumm sey. Weshalb auch die gutachtliche Aeusserung des Dr. Rehberger, daß die A. M. Faisoul wenig Verstand gehabt, und die des Dr. Diehl, daß sie dumm gewesen, um so weniger etwas schaden kann, als

Dr. Rehberger ausdrücklich beisetzt, daß er einen blöden Geist, Blödsinn an ihr nicht bemerkt habe, und Dr. Diehl dadurch schon genugsam zu erkennen gegeben hat, daß er den zur Testamentserrichtung erforderlichen gesunden Verstand bei der A. M. Faisoul nicht vermisse, daß er ihr zugeredet haben will, den Advokat Faisoul doch in ihrem Testamente nicht zu vergessen. Nicht zu gedenken, daß nach L. R. Satz 504. der letzte Wille der Erblasserin wegen Blödsinn nicht mehr angefochten werden könnte, weil weder vor ihrem Ableben die Entmündigung schon erkannt oder nachgesucht worden, noch der Beweis des Blödsinns sich aus dem angefochtenen letzten Willen selbst ergibt.

ad b) Bezeugen zwar die Fuchs'schen Eheleute und Xaver Wesserer: „daß die Erblasserin an dem Testamente „vom 14. December, welches ihr der Theilungs-Commissair Schellenbauer aufgesetzt, keinen Wohlgefallen ge„habt, und daß es des Zuredens bedurft habe, um sie, „als es unterm 16. December in die Form eines geheimen „letzten Willens gebracht worden, zur Unterschrift zu be„stimmen. Daß, nachdem das Testament unterschrieben „und fertig gewesen, sie bald wieder Einleitung zur Er„richtung eines neuen Testamentes getroffen, und zu dem „Ende verlangt habe, daß der Amts-Revisor ihr den „Theilungs-Commissair Reif — da sie zu dem Theilungs„Commissair Schellenbauer kein Vertrauen habe — „schicken möge, der denn auch gekommen und das Testa„ment vom 24. Dec. 1829. gefertigt habe. Daß aber — „nachdem Theilungs-Commissair Schellenbauer den „Inhalt des Testamentes von dem solches aufsetzenden Thei„lungs-Commissair Reif erfahren gehabt, Ersterer am „25. December zu der Erblasserin in's Zimmer getreten „sey, und ihr im barschen Ton darüber, daß sie das Te„stament vom 24. Dec. gemacht und den Armen so viel „vermacht habe, Vorwürfe gemacht und gesagt habe, er

„wolle morgen kommen und einen Nachtrag zu dem Reif'=
„schen Testamente machen; welches denn auch am 26. Dec.
„geschehen sey."

Allein für das Eine sind die Fuchs'schen Eheleute, welche in dem Testamente vom 26. Dec. besser bedacht sind, als in jenem vom 24. desselben Monats, und der Xaver Wesserer, welcher in dem Testamente vom 26. Dec. nicht, wohl aber in jenem vom 24. desselben Monates bedacht ist, keine zulässigen Zeugen. So wenig solche, nach L. R. Satz 975. zu dem Testamente vom 24. Dec. 1829. als Zeugen hätten zugelassen werden können, so wenig können sie durch ihre eidliche Aussage die ursprüngliche Gültigkeit des Testaments vom 24. Dec. — welches in Folge des Testamentes vom 26. desselben Monats aufgehört hat — wieder aufleben machen; sie verdienen, als Zeugen in eigener Sache, keinen juridischen Glauben.

Für das Andere geht aus den Aussagen dieser Zeugen der Zwang, die Gefährde und falsche Vorspiegelung, wodurch die Testamente vom 24. und 26. Dec. 1829. ihre Entstehung erhalten haben sollen, um so weniger hervor, als Dr. Rehberger wahrgenommen haben will, daß die Erblasserin sich nicht so leicht durch andere Personen in ihren Handlungen habe bestimmen lassen, und als für das dritte Theilungs=Commissair Schellenbauer schon in der Zeit, als sie sich noch lange der Gesundheit erfreute, der Geschäftsverwalter der A. M. Faisoul gewesen seyn soll (A. A. p. 260), und sich vielleicht in dieser Eigenschaft zu einer Aeusserung veranlaßt gesehen hat, die ihm jetzt so übel gedeutet werden will.

ad c) sagen zwar Xaver Wesserer und A. Fuchs aus: die A. M. Faisoul habe den Theilungs=Commissair Schellenbauer zur Fertigung des letzten Testamentes vom 26. Dec. 1829. nicht berufen; solcher sey aus freien Stücken und ohne ihr Wissen und Willen gekommen. Allein für

das Eine ist dieser Nichtigkeitsgrund an sich unerheblich, weil kein Gesetz besteht, welches fordert, daß der Staatsschreiber zur Fertigung des Testamentes, bei Strafe der Nichtigkeit, beigerufen seyn müsse; für das Andere steht den beiden Zeugen das ad b) Bemerkte auch hier entgegen. Für das Dritte bemerkt A. Fuchs, ob und was die A. M. Faisoul mit Schellenbauer geredet habe, als er und Wesserer abtreten mußten, wisse er nicht. Auch sagt die A. Fuchs'sche Ehefrau: am 25. Dec. sey Commissair Schellenbauer ungerufen gekommen, ob die Faisoul ihn auf den andern Tag bestellt habe, wisse sie nicht. Für das vierte, werden die Zeugen schwerlich vom 24. bis 26. Dec. 1829. so unausgesetzt und stets um die Erblasserin gewesen seyn, um etwas Mehreres bezeugen zu können, als daß ihnen nicht bekannt sey, daß die Erblasserin den Theilungs-Commissair Schellenbauer zur Fertigung des Testamentes vom 26. Dec. habe rufen lassen; als welches die Erblasserin jedenfalls in dem gedachten Testamente urkundlich, sohin auf eine vollbeweisende Art einbekannt hat.

ad d) Wenn dem Testamente vom 26. Dec. 1829. keine Gültigkeit zugestanden werden will, weil 1) die damalige Geliebte und nachherige Ehefrau des Theilungs-Commissair Schellenbauer, so wie deren Mutter, dann 2) die Frau und Tochter des Amtsrevisors Ganter darin bedacht seyen, so hat dieses darum keinen Grund, weil zu 1) der L. R. Satz 911. — welche die zu Gunsten eines Unfähigen (was nach L. R. Zusatz 909. a. Theilungs-Commissair Schellenbauer hier allerdings war) durch eine unterschobene Person geschehene letztwillige Verordnung quoad passum concernentem für ungültig erklärt, und die Eltern, Kinder und Abkömmlinge, dann den Ehegatten des Unfähigen für unterschobene Personen geachtet haben will, von welchem Allem die Barbara Schäfer und deren Tochter in

Bezug auf den Theilungs-Commissair Schellenbauer nichts waren. Und weil zu 2) der Theilungs-Commissair, nach Art. XI. Nr. 2. des ersten Einführungs-Edictes zum Landrecht vom 3. Feb. 1809., nach der Rechtsbelehrung im Regierungsblatt von 1811. Seite 42., im Rggs. Blatt von 1812. Seite 99. und im Rggs. Blatt von 1814. Seite 71. als selbstständiger Staatsschreiber anzusehen ist, und in keinem Falle die unitas personæ zwischen ihm und dem Amtsrevisor so weit ausgedehnt werden kann, daß die Frau und Tochter des Amtsrevisors auch für die Frau und Tochter des Theilungs-Commissairs zu halten und anzusehen sey.

ad e) Wenn schon die Testamentszeugen Hehr, Eller, Beyerle und Keilbach bei ihrer Einvernahme vom 9. Juli 1830 das, was sie in dem Testamente vom 26. Dec. 1829. mit beurkundet, nicht bestätigt, sondern theils beabredet, theils bezweifelt haben, so ist dadurch doch das Gegentheil von dem, was die Testamentsurkunde enthält, um so weniger dargethan, als, für das Eine, der aus ihrer und des Theilungs-Commissairs schriftlicher Beurkundung hervorgehende Beweis nicht minder vollständig ist, als es der Beweis ist, welcher aus ihren eidlichen Aussagen hervorgeht. Als, für das Andere, in ihrer eidlichen Aussage das Bekenntniß liegt, dem Theilungs-Commissair eine Unwahrheit mitbeurkunden geholfen zu haben; als, für das Dritte, bei der spätern mündlichen Einvernahme der Zeugen eher ein Irrthum auf Seiten derselben möglich und denkbar ist, als sich solche bei der frühern schriftlichen Beurkundung denken läßt; als endlich, für das Vierte, der aus der Unterschrift der Testamentsurkunde durch die Testirerin selbst, so wie durch den Theilungs-Commissair Schellenbauer hervorgehende Beweis für den Inhalt der Testamentsurkunde durch das, was die Testamentszeugen, ihrer schriftlichen Beurkundung zuwider, mündlich ausgesagt haben, nicht entkräftet ist.

Endlich ist ad f) der Zwischen-Eintritt des Arztes während des Testamentsactes darum unerheblich, weil die Nichtunterbrechung des Actes nur bei geheimen letzten Willen vorgeschrieben ist, und dieser Zwischeneintritt des Arztes auch für keine Unterbrechung im Sinne des Gesetzes anzusehen ist.

Aus diesen Gründen, und weil also Kläger seinen Klaggrund in keinem Punkte erwiesen hat, mußte das hofgerichtliche Erkenntniß aufgehoben, und der Bescheid des Ober-Amtes B. wieder hergestellt werden.

Bemerk. Manche der oben angeführten Entscheidungsgründe rechtfertigen sich durch die Aussagen der abgehörten Zeugen von selbst. Nur die unter d. e. und f. beruhten auf Rechtsfragen, welche zum Theil als zweifelhaft angesehen werden können.

Zum Entscheidungsgrund d). Ueber die Verhältnisse des Theilungs-Commissairs zum Amtsrevisor, und über deren Einfluß bei Errichtung eines Testamentes, kommen in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern die verschiedenen Ansichten des höchsten Gerichtshofes umständlich vor. Es gehört diese Frage einigermaßen zu den zweifelhaften.

In Sachen Franciska Schleichet gegen den Stabs-Amtmann Handtmann (Oberhofg. Jahrb. 6. Jahrg. S. 9.) kam unter mehreren Gründen, aus welchen ein Testament als nichtig angefochten ward, auch der zur Sprache, daß der Theilungs-Commissair ein Testament, in welchem sein Principal, der Amts-Revisor, zum Universal-Erben eingesetzt ward, aufgenommen hatte. Damals nahmen der Referent und der Instructiv-Votant die Einheit der Person nicht an, erachteten aber, daß der Theilungs-Commissair nur ein Mandatum generale vom Amtsrevisor habe, wodurch Letzterer als Mandant zwar für seinen Mandatar verantwortlich bleibe, womit aber nicht gesagt sey, daß er

in jeder Hinsicht mit dem Theilungs-Commissair eine und dieselbe Person vorstelle.

Ungeachtet — wie auch in den Jahrbüchern bemerkt ist — die Beurkundung der collegialischen Ansicht zu den einzelnen Nichtigkeitsgründen fehlt, so mag doch dieser Satz, da ein reformatorisches Erkenntniß erfolgte, damals für richtig angenommen seyn.

Im Jahre 1832. kam folgende Frage beim Oberhofgerichte zur Deliberation: Kann ein Amts-Revisor, der bei der Aufnahme eines öffentlichen Testamentes als Zeuge auftritt, für zwei Zeugen gezählt werden? (J. S. der A. M. Steiert gegen die Testaments-Erben des A. Steiert. O. H. Gerichtl. Jahrb. 7. Jahrg. S. 280. folg.)

Damals ward jedoch nicht definitiv gesprochen, und selbst die Erkennung der Prozesse nur mit der Majorität von einer Stimme beliebt; es konnten also nur die Ansichten des Referenten und der Votanten in den Jahrbüchern vorgelegt werden. Ersterer nahm gleichfalls die unitas personæ nicht an, wogegen aber von einigen Stimmführern erinnert ward, daß Mandant und Mandatar im rechtlichen Sinne für eine Person anzusehen seyen; folglich sey auch der Theilungs-Commissair, als Mandatar des Amtsrevisors, mit ihm für eine und die nämliche Person anzusehen.

Die Definitiv-Entscheidung dieser Sache erfolgte aus dem oberhofg. Plenum im Laufe dieses Jahres, und ist in der 2. Rubrik dieses Heftes nachzusehen.

Auch bei der geheimen Berathung über den Fall: Faisoul gegen Faisoul'sche Testamentserben, blieb jene Ansicht, daß der Theilungs-Commissair blos der Mandatar des Amtsrevisors sey, daß er nicht die nämliche Person mit ihm vorstelle, und daß, wenn er ein Geschäft zum Vortheil des Amtsrevisors verrichte, er nicht als Functionair in eigener Sache zu betrachten sey, —

nicht ganz unbestritten. Nahm man aber als richtig an, daß die im Entscheidungsgrunde d) angezogenen L. R. Sätze 911. und 909. a) auf die Frau und Tochter des Amtsrevisors nicht ausgedehnt werden könnten, so mochte freilich jene Controverse zur Entscheidung des Falles nicht von directer Einwirkung seyn.

Zum Entscheidungsgrunde e). Die nicht weniger zweifelhafte Frage: ob Testamentszeugen zum Beweise der Falschheit oder Richtigkeit eines Testaments, welches sie selbst unterschrieben haben, zugelassen werden können? — scheint in diesem Entscheidungsgrunde umgangen, oder doch nur kurz berührt zu seyn, da er sich hauptsächlich nur auf die Relevanz der Aussagen beschränkt.

Früher neigte sich das Oberhofgericht zu der Meinung hin, daß Testamentszeugen nicht blos solemnitatis gratia zugezogen würden, daß sie, wenn sie nachmals die Falschheit des von ihnen unterschriebenen Testaments bezeugen wollten, sich zwar keines Meineides, aber doch einer Lüge schuldig machen würden und ihre eigene Schande eingestehen müßten. Es ward sich auf den jüngsten Reichs-Abschied, und auf Thibaut System der Pandecten Th. 3. §. 1169., bezogen. (Vergl. Oberhofgerichtl. Jahrb. 3. Jahrg. S. 71.) Die Note (6) zu diesem Aufsatze S. 75. beruft sich zwar auf eine andere Deliberation in Sachen Gärtner gegen Gärtner; indessen ist dieser Rechtsstreit nachmals verglichen, und daher nicht definitiv entschieden worden.

Der oberhofgerichtliche Referent hatte, als von einer abgeschlagenen Ladung appellirt war, folgenden Satz aufgestellt, der denen früher von der Majorität angenommenen entgegen lautete. — Die Zeugen sind befugt, ihr Zeugniß zu widerrufen. Sie können in errore versirt, oder in der Uebereilung gehandelt haben, indem sie den Staatsschreiber beim Vorlesen des Testaments nicht recht verstanden; auch

wäre es möglich, daß ein Staatsschreiber etwas anderes vorläse, als er niederschrieb. Wenn daher die Zeugen ihr Zeugniß widerrufen, bekennen sie nicht ihre eigene Schande. Können sie es aber gültig widerrufen, so kann auch den Richter nichts abhalten, sie auf Begehren der Parthie eidlich darüber vernehmen zu lassen, zumal Art. 2. der Notariats-Ordnung solches ausdrücklich gestattet.

Im Jahre 1829. nahm das Oberhofgerichtliche Plenum den nämlichen Satz an, in Bezug auf den jüngsten Reichs-Abschied §. 53., wobei die Frage: ob es die eigene Schande der Testamentszeugen sey, wenn sie eidlich etwas als nicht geschehen behaupteten, was sie früher durch ihre Unterschrift als geschehen beurkundet hatten? — zur Prüfung kam. Man nahm an, daß immer ein Verschulden der Zeugen in der Mitte liege, und daß, wenn dieses auch nicht ein crimen oder eine turpitudo im gewöhnlichen Sinne sey, es doch sehr nahe daran gränze. Wenn sich auch nicht eine absolute Untauglichkeit der Testaments-Zeugen behaupten lasse, so wäre sie doch relativ vorhanden, da wo sie gerade das Gegentheil von dem aussagen sollten, was sie beurkundet hätten. Auf jeden Fall trete eine nicht zu duldende Collision zwischen einer vom Gesetze für förmlich erklärten Beurkundung und zwischen einer eidlichen Versicherung ein. — Oberhofgerichtl. Jahrbücher 6. Jahrg. S. 11. folg.

Zum Entscheidungsgrunde f. Der Satz, daß bei einem öffentlichen Testamente die Unitas actus nicht gesetzlich vorgeschrieben sey, und daß die Vorschriften des L. R. Zusatzes 976. b. und des Satzes 1035. nur den geheimen letzten Willen angehörten, ward schon im Jahre 1826. im Oberhofgerichte angenommen. O. H. Gerichtl. Jahrbücher 4. Jahrg. S. 9. — Das Nämliche ward auch in der erwähnten Sache „Gärtner gegen Gärtner" statuirt.

Verbindlichkeit des Staats zur Entschädigung eines vormals grundherrlichen Dieners, welcher durch die landesherrlichen Verordnungen vom 20. Mai 1809. und 14. Mai 1813. an seinen Sporteln und Gebühren verkürzt ward.

(Hofgerichtsrath Reichard gegen Gr. Civil-Fiscus.)

Der Hofgerichtsrath Reichard verlangte, mittelst einer bei dem Mannheimer Hofgerichte eingegebenen Klage, die Vergütung von 5876 fl., als dem Betrage der Amtsrevisorats-Sporteln und Rechnungs-Revisionsgebühren, welche sich von 1814. bis 1823. einschließlich in mehreren zum ehemaligen grundherrlichen Amte Obergimpern gehörig gewesenen Ortschaften ergeben hätten, nebst Zinsen vom 10. Januar 1817., als dem Tage der Anforderung, und von der spätern jeweiligen Verfallzeit.

Als Klaggrund wurde Folgendes angeführt:

1) daß Kläger als Justiz-Amtmann und Amtsrevisor in den genannten Orten angestellt gewesen, und durch die von den betreffenden Grundherrn ihm ertheilten Anstellungs-Decrete die Amtsrevisorats-Sporteln und Gebühren in partem salarii angewiesen erhalten habe.

2) daß durch die Verordnung vom 20. Mai 1809. die Grundherrn genöthiget worden seyen, die Justizverwaltung von dem Amtsrevisorate zu trennen, und demnach für die Amtsrevisorats-Geschäfte den Rentamtmann Zöller angestellt hätten, wodurch ihm die Sporteln entzogen wären.

3) Daß er durch diese Staatseinrichtung in seinem Dienstvertragsmäßigen Gehalte verkürzt, der Staat aber schuldig sey, den aus seinen organischen Einrichtungen für einen Dritten entstehenden Schaden zu vergüten. Dazu komme

4) daß der Staat im Jahre 1813. die Gerichtsbarkeit

der Grundherrn mit Vortheil und Lasten an sich gezogen habe, somit sogar dann Entschädigung leisten müßte, wenn diese auf den Grundherrn gehaftet hätte.

Noch ward in der Klage angeführt, daß Kläger nur bis 1823. Entschädigung fordere, weil er durch seine vom 23. Jänner 1823. an laufende Besoldung für seine Ansprüche pro futuro zufrieden gestellt sey; in der Replik aber, daß für 1809. bis 1813. eine Entschädigung deshalb nicht eingeklagt wäre, weil Kläger zur Zeit außer Stand sey, den in jenen Jahren erlittenen Schaden liquid zu machen.

Vom Großh. Fiscus ward der Klage in quali et quanto widersprochen, insbesondere

ad 1., daß Kläger durch seine Anstellungs-Decrete ein Recht auf die Amtsrevisorats-Sporteln erworben habe. Denn, wenn gleich nachmals zugegeben ward, daß Kläger von seinen Grundherrn theils auf fixen Gehalt, theils auf die Sporteln der Patrimonial-Gerichtsbarkeit angestellt gewesen sey, so läugnete doch der beklagte Fiscus, daß Kläger damit ein Recht auf den Bezug der Amtsrevisoratssporteln erworben habe, weil derselbe verpflichtet gewesen sey, sich allen damaligen und künftigen Anordnungen über die Gerichtsbarkeit zu unterwerfen, und weil der Umfang seines Sportelbezugs von der Wandelbarkeit der Justizverfassung und Sportel-Ordnung abhängig gewesen sey.

ad 2. Ward angeführt, daß Kläger sich im Jahre 1809. die Amtsschreibereistelle von seinen Grundherrn habe entziehen und einem Andern übertragen lassen, ohne damals die mindeste Einsprache dagegen zu erheben, obgleich die Trennung der Amtsschreiberei ohne seinen Sportelverlust nicht habe vollzogen werden können. Man gab zu, daß diese Trennung der Amtsschreibereigeschäfte eine Folge der Verordnung vom 20. Mai 1809. gewesen sey; es ward aber widersprochen, daß diese Verordnung eine absolute Nothwendigkeit jener Trennung erzeugt habe, indem ein

bald darauf erfolgtes Gesetz eine Dispensation habe eintreten, und das Organisations-Edict von 1809. diese Trennung sogar bis zum allmähligen Absterben der damaligen grundherrlichen Beamten habe ausgesetzt seyn lassen.

ad 3. Es ward widersprochen, daß Kläger durch diese Trennung einen wirklichen Verlust in seinem Diensteinkommen erlitten habe, indem einestheils durch die Organisation von 1809. der Geschäftskreis der grundherrlichen Bezirks-Beamten erweitert, und damit auch ihr Sportelbezug vermehrt worden sey; anderntheils die Amtsrevisorate einen viel weitern Geschäftskreis hätten, als die vordem von den grundherrlichen Beamten verwaltete Rechtspolizei; daher der Ertrag der Amtsrevisorats-Sporteln nicht zum Maaßstab dienen könne, um darnach zu berechnen, wie viel Kläger durch die Trennung der Rechtspolizei von seinem Amte, an Gebühren verloren habe.

ad 4. Ward zugegeben, daß im Jahre 1813. die grundherrliche Patrimonial-Gerichtsbarkeit aufgehoben und an den Staat gezogen worden sey, zugleich aber widersprochen, daß der Staat damit die Verbindlichkeit übernommen habe, den Kläger für seine im Jahre 1809. verlorne Amtsschreibereigebühren zu entschädigen. Es habe der Staat im Jahre 1813. den Kläger als damaligen Justizbeamten, und ebenso den grundherrlichen Amtsschreiber Zöller, jeden in dieser seiner Eigenschaft, in den Staatsdienst übernommen, und damit dem Gesetz gemäß behandelt, durch welches die grundherrliche Jurisdiction aufgehoben worden sey. — Zugleich ward angeführt, daß, insofern die Klage darauf gerichtet werde, daß die Staatsregierung durch Aufhebung der Patrimonial-Jurisdiction unrecht gehandelt habe, die Beurtheilung dieses angeblichen Unrechts nicht vor das Forum des Civilrichters, sondern in das Gebiet des Staatsrechts gehöre.

Am 26. April d. J. erkannte das niederrheinische Hofgericht: „Daß nach vorgängiger Wiederherstellung des „Beklagten gegen das am 7. Januar d. J. ergangene Ver„säumungs-Erkenntniß, der Kläger mit der gegen den Fis„cus erhobenen Klage abzuweisen, und zur Tragung der „Kosten, jedoch mit Ausnahme der durch das Versäumungs„Erkenntniß veranlaßten, welche dem Beklagten zur Last „bleiben, zu verurtheilen sey."

Dieses Erkenntniß ward vom Oberhofgerichte dahin abgeändert: „daß die erhobene Klage insofern für wohlbe„gründet zu achten sey, als der beklagte Gr. Fiscus schuldig „sey, dem Kläger die ihm in Folge der höchsten Verordnung „vom 20. May 1809. entzogenen Gebühren und Sporteln „von den Geschäften der willkührlichen Gerichtsbarkeit, für „die Periode vom 1. April 1814. bis 23. Januar 1823., „nebst 5 pCt. Zinsen vom Tage der erhobenen Klage an „zu leisten; daß aber das Quantum dieses Ersatzes zum „besondern Liquidationsverfahren vor das Erstinstanz-Ge„richt auszusetzen, und von diesem darüber, vorbehaltlich „weitern Recurses beider Theile hierher, zu erkennen, die „bis dahin aufgelaufenen Kosten erster und zweiter Instanz „von dem Kläger zu ¼ und von dem beklagten Theile zu ¾ „zu tragen seyen."

Entscheidungsgründe.

1) Der Kläger, welcher früher als grundherrlicher Beamter zu Ober- und Untergimpern, auch Wazenbach, dann Helmstadt, Michelbach, Schwanheim und Flinsbach angestellt war, und in dieser Eigenschaft nebst der streitigen, auch die willkührliche Gerichtsbarkeit zu verwalten, und die von beiden fallenden Sporteln zu beziehen hatte, — mußte in Folge der höchsten Verordnung vom 20. May 1809., unter Beibehaltung des Richteramtes, die Besorgung der Staatsschreiberei, oder sonst sogenannten Amtsschreiberei-Geschäfte, einem von den Grundherrn be-

sonders aufzustellenden Amtsschreiber überlassen, wodurch ihm denn auch die von den letztgedachten Geschäften abfallenden Sporteln und Gebühren für die Zukunft entgingen.

2) Noch ehe hiefür dem Amtmann R. eine Entschädigung ausgeworfen worden war, erging die weitere höchste Verordnung vom 14. May 1813., wornach von aller Obrigkeit in Criminal- und Civil-, auch Rechts-, Kirchengemeinen-, Polizei- und Regierungssachen die Verwaltung mit Vortheil und Lasten vom 1. Juni 1813. an, von den Standes- und Grundherrn an den Staat überginge.

3) Dieses bewog nun den im Jänner 1823. zum Hofgerichtsrath beförderten Amtmann R. — welchem hierbei seine Besoldung pro futuro regulirt ward — auf den Ersatz der ihm vom 1. April 1814. bis 23. Januar 1823. entzogenen Gebühren und Sporteln von den Amtsrevisorats- oder sonst sogenannten Amtsschreiberei-Geschäften, unter dem 4. Nov. 1832. förmliche Klage gegen den Großh. Fiscus zu erheben.

4) Es fragt sich daher:

a) ob dem Kläger überhaupt Ersatz für die in seinem ehemaligen Amtsbezirk erfallenen Sporteln, von den dort vorgekommenen Amtsrevisorats- oder sogenannten Amtsschreiberei-Geschäften, während des gedachten Zeitraums gebühre? — sodann

b) ob ihm dieser Ersatz insbesondere von dem Gr. Fiscus gebühre? — Endlich

c) ob ihm dieser Ersatz dermalen schon in dem angesprochenen Betrage zuzuerkennen sey?

Zu a) Ist es nach den in dieser Instanz vorgelegten Urkunden nicht weiter bestritten, daß Kläger, ausser der streitigen, auch die willkührliche Gerichtsbarkeit zu administriren, und die von dieser, wie von jener, abfallenden Sporteln als Besoldungstheil zu beziehen gehabt habe. Besteht nun aber das Recht, welches aus dem Dienstvertrag

zwischen dem Staatsdiener und dem Staate besteht: — aa) auf Seiten des Staates darin, daß er nicht nur die im Dienstvertrage namentlich verzeichneten Dienstleistungen, sondern überhaupt Dienstleistungen, welche den Kenntnissen und dem Character des Dieners angemessen sind, von diesem zu verlangen berechtigt, und letzterer solche zu leisten schuldig ist; weil der Staat durch Anstellung eines Dieners sich gewiß nicht verbindlich machen will noch kann, die dem Diener ursprünglich zugewiesenen Dienstverrichtungen sich auch dann noch von demselben leisten zu lassen, wo er solcher nicht mehr bedarf, oder wo er es nicht mehr zweckmäßig findet, sich solche von demselben fernerhin leisten zu lassen.

bb) Auf Seiten des Staatsdieners darin: daß ihm der ausgeworfene Gehalt nebst rechtmäßigen Dienst-Emolumenten — als welche einen integrirenden Theil des Gehaltes bilden — unabgekürzt und ungeschmälert verbleibe, — so muß die aufgeworfene erste Frage bejaht werden. Und so wie der Diener sich eine Erweiterung seines Geschäftskreises, welche der Dienstherr nöthig oder zweckmäßig erachtet, gefallen lassen muß, ohne darum auf eine größere Besoldung ein Recht zu erlangen, eben so kann die Dienstherrschaft, welche den Geschäftskreis des Dieners zu vermindern und ihm einen Theil der bisherigen Geschäfte abzunehmen für zweckmäßig erachtet, darum dem Diener sein Diensteinkommen nicht schmälern. Die Dienstverrichtungen, zu welchen der Diener erbötig und bereit ist, welche sich aber der Staat von ihm nicht mehr will leisten lassen, gelten in Bezug auf die dem Diener dafür zugesicherte Belohnung, für wirklich geleistet; der Staat kann wohl auf sein Recht der Dienstleistungen des Dieners verzichten, nicht aber auch dadurch sich der diesem Recht correspondirenden Verbindlichkeiten entziehen.

Zu b). Kläger trat allerdings durch seine ursprüngliche Anstellung als grundherrlicher Beamter in Vertragsverhält-

nisse zu den betreffenden Grundherrn, welche seine Dienstherrschaft, so wie er, ihr Diener wurde. Und diese Vertragsverhältnisse wurden auch keinesweges durch die höchste Verordnung vom 20. May 1809. alterirt, welche es den Grundherrn zur Pflicht machte, die Rechts- und Staatsschreibereigeschäfte von einander zu trennen, und für diese wie für jene eigene Beamten aufzustellen. Gedachte Verordnung ging die grundherrlichen Beamten nichts, sondern die Grundherrn selbst an, weßhalb jene dagegen zu recurriren nicht nöthig hatten, sondern es diesen überlassen konnten, ihr Interesse wegen der Vertragsverhältnisse, worin sie zu ihren Beamten standen, zu wahren, und letztere konnten daher auch aus jener Verordnung kein Klagrecht gegen den Großh. Fiscus herleiten. Als aber durch die weitere höchste Verordnung vom 14. May 1813. die bis dahin den Grundherrn zugestandene streitige und willkührliche Gerichtsbarkeit mit Vortheil und Lasten auf den Staat übergingen, und von da an Se. Königl. Hoheit der Großherzog eben so die Dienstherrschaft des Klägers wurde, wie vordem die betreffenden Grundherrn es waren; so erwuchs dadurch dem Kläger das Recht, die Erfüllung seines Dienstvertrags nun eben so an den Großh. Fiscus zu verlangen, wie er solche vordem an seine frühere Dienstherrschaft, die Grundherrn, anzusprechen berechtiget gewesen. Wäre jene Uebernahme der den Grundherrn bis dahin zugestandenen Jurisdiction von Seiten des Staats nicht erfolgt, so müßte sich Kläger, wegen der ihm seit dem 1. April 1814. entzogenen Dienstemolumente an seine Grundherrn halten, die ihm solche zugesichert, und es diesen überlassen, — ihren Regreß — wenn sie damit durchzulangen glaubten, an den Staat zu nehmen. Dadurch aber, daß Letzterer die Eigenschaft, aus welcher ihm die Grundherrn verpflichtet waren, übernahm, und seine Dienstherrschaft wurde, hat er sich auch wegen Haltung seines Dienstvertrages nur an ihn zu halten, und den Ersatz der ihm signaturmäßig gebühren-

den, aber seit dem 1. April 1814. entzogenen Besoldungstheile nur vom Staate zu fordern.

Zu c) Hat zwar Kläger durch beigebrachte Zeugnisse von den Amtsrevisoren zu Neckarbischoffsheim und Neckargemünd den Betrag der ihm in der fraglichen Periode entgangenen Amtsrevisorats-Gebühren und Sporteln nachzuweisen gesucht, allein diese sowohl in dem Einredesatz vom 20. Jänner, als in der Duplik vom 3. März d. J. widersprochenen Zeugnisse, können blos als ein sine relato nichts beweisendes referens angesehen werden; weßhalb, und weil auch die seitherigen Verhandlungen sich hauptsächlich auf die Frage: ob dem Kläger der angesprochene Ersatz gebühre? beschränkten, die weitere Frage: wie viel ihm Ersatz gebühre? in ein besonderes Liquidationsverfahren verwiesen werden mußte. — Uebrigens und

5) zerfallen mit der ad 4. a. u. b. ausgeführten Klagbegründung, die beklagter Seits obmovirten Einreden von selbst; denn

a) kann darnach von dem Mangel der Passiv-Legitimation zur Sache darum keine Rede seyn, weil nach L. R. Satz 1122. Verträge nicht blos die Paciscenten, sondern auch ihre Erben und Rechtsfolger binden.

b) Es stand dem Kläger nicht zu, gegen die höchste Verordnung vom 20. May 1809. Einsprache zu machen, noch kann es ihm nachtheilig seyn, daß die Grundherrn von der ihnen durch die Verordnung vom 7. Juni 1809. und durch den §. 34. der Beil. C. zum Org. Rescripte vom 26. Nov. 1809. eingeräumten Befugniß, um Dispensation gegen die Verordnung vom 20. May einzukommen, keinen Gebrauch gemacht haben.

c) Wenn Kläger, welcher aus seinen ursprünglichen Dienst-Signaturen ein Recht auf den Sportelbezug von Amtsrevisoratsgeschäften bis zu dem Zeitpunkte hatte, wo er für die Zukunft darauf verzichtete, für die ersten Jahre, wo ihm diese Sporteln entgingen, nämlich von 1809. bis 1814., den Ersatz gegen seine damalige ursprüngliche Dienst-

herrschaft gerichtlich zu verfolgen sich nicht bewogen fand, so folgt daraus nicht, daß er solchen auch gegen seine nachherige Dienstherrschaft, für die nachfolgenden Jahre, von 1814. bis 1823., gerichtlich zu verfolgen rechtlich gehindert sey.

d) Es ist eine irrige Unterstellung, daß Kläger, welcher in Folge der Verordnung vom 20. May 1809. eines Theils der ihm ursprünglich zugewiesenen Dienstverrichtungen enthoben worden, im Jahre 1813. nicht mehr activer Beamte und zum unabgekürzten Bezug der ihm ausgeworfenen ganzen Besoldung berechtiget gewesen. Endlich kann

e) auch dem Kläger nicht entgegen gehalten werden, daß der Staat den in Folge der Verordnung vom 20. May 1809. für das combinirte Amt Obergimpern neu angestellten Amtsrevisor Zöller, die hier in Anspruch genommenen Amtsrevisorats-Sporteln habe fort beziehen lassen; weil der Staat in Folge der höchsten Verordnung vom 14. May 1813. den grundherrlichen Beamten nicht minder, als den grundherrlichen Amtsrevisor, mit seinem unabgekürzten ganzen Gehalt und rechtmäßigen Dienstemolumenten hat übernehmen müssen.

6) Die Zinsen konnten dem Kläger nur vom Tage der erhobenen Klage an zugesprochen werden, weil dadurch, daß Kläger sich in den Jahren 1817. und 1823. mit einer Vorstellung an das Großh. Finanzministerium gewendet hat, der hier von dem Großh. Ministerium des Innern zu vertretende Fiscus nicht hat in Verzug gesetzt werden können.

Bemerk. Dieser Fall, der wenigstens hinsichtlich der Frage: ob hier Großh. Fiscus der rechte Beklagte sey? — nicht ohne Zweifel schien, auch für den beklagten Großh. Fiscus von einiger Bedeutung ist, ward gegen die Ansicht des oberhofgerichtlichen Respicienten entschieden; daher es von Interesse seyn mag, dessen Gründe für die Bestätigung des hofgerichtlichen Erkenntnisses kennen zu lernen.

Es richtete derselbe seinen Haupt- und directen Antrag dahin: das hofgerichtliche Urtheil lediglich, unter Verfällung des Appellanten in die Kosten, zu bestätigen.

Diesen Antrag wollte er folgendermaßen begründen: Wenn das Hofgericht die Klage, wegen fehlender Passiv-Legitimation des Großh. Fiscus verworfen habe, so müsse er diesem Satze beistimmen. Kläger leite seine Ansprüche lediglich aus seinem Dienstvertrage ab; Verträge erzeugten aber blos Rechte und Verbindlichkeiten unter den Vertragspersonen, mithin könne die Klage nur gegen die betreffenden Grundherrn Statt finden. Sollte dem Fiscus eine Entschädigungspflicht obliegen, so müsse diese entweder aus L. R. Satz 1382. (wenn die Staatsregierung durch Erlassung des Edictes vom 20. May 1809. eine unrechte That begangen habe) oder aus L. R. Satz 545. (wenn der Staat das Eigenthum des Klägers des öffentlichen Nutzens wegen an sich gezogen habe) abgeleitet werden.

Es habe aber die Regierung dadurch, daß sie im §. 14. des Grundherrlichkeits-Edictes von 1807. den Grundherrn die erstinstanzliche bürgerliche Gerichtsbarkeit in Streitsachen und die Rechtspolizei übertragen, sich überall nicht des Rechts begeben, den Grundherrn die Art und Weise vorzuschreiben, wie sie dieses Regale ausüben sollten. Dieses vorbehaltenen Rechts hätte sich die Regierung im Edict vom 20. May 1809. bedient, und es liege überdem ausser der Sphäre des Civilrichters, die Gerechtigkeit oder Billigkeit der auf verfassungsmäßigem Wege ergangenen Gesetze zu beurtheilen.

Daß der Staat, wenn er, des öffentlichen Nutzens wegen, über Privateigenthum verfüge, den Eigenthümer entschädigen müsse, sey gewiß; allein durch das Edict vom 20. May 1809. habe der Staat die Gebühren, für welche Kläger Entschädigung fordere, nicht an sich gezogen, da die Grundherrn und ihre Beamten nach wie vor im vollen Bezuge der Früchte der willkührlichen Gerichtsbarkeit blieben. Für einen mittelbaren Verlust, der für Privat-

personen aus Staatsanordnungen entstehe, sey der Staat keine Entschädigung schuldig.

Die Entschädigungsverbindlichkeit wäre auch nicht durch das Edict vom 14. May 1813. auf den Staat übergegangen, weil dieser nirgends die Verbindlichkeit übernommen habe, den Kläger für die 1809. verlornen rechtspolizeilichen Sporteln zu entschädigen. Er wäre im Jahre 1813. nur activer Justizbeamter gewesen, und in dieser Eigenschaft sey er vom Staate übernommen, als activer Rechtspolizei-Beamter oder Amtsrevisor aber, der Anno 1809. angestellte Beamte Zöller. Der Anspruch des Klägers sey im Grunde nichts anders, als ein Anspruch auf eine wegen Entziehung der Amtsschreiberei ihm gebührende Pension, und dieser Anspruch, wäre er auch gut begründet, könnte dem Kläger kein weiteres Recht gegen den Staat geben, als die wirkliche Pension, wenn er eine solche erhalten hätte.

Wenn der Kläger das Gesetz vom 14. Mai 1813. als eine unrechte That darstellen wolle, so suche er eine Frage zur richterlichen Entscheidung zu bringen, die sich nicht dahin eigne; weshalb sich auf eine frühere oberhofgerichtliche Entscheidung, in Sachen Großh. Fiscus gegen Carl und Ernst von Menzingen, berufen ward.

Es erscheine daher die Klage, so weit sie auf die Edicte vom 20. Mai 1809. und 14. Mai 1813. gestützt werde, als an und für sich unbegründet, so weit sie aber auf die grundherrlichen Anstellungsdecrete gebaut werde, sey sie durch die Einrede der fehlenden Passiv-Legitimation elidirt.

Eventuell ward jedoch in Antrag gebracht, dem Kläger durch Zwischen-Bescheid mehrere Beweisauflagen zu machen.

Die erste Beweißauflage sollte dahin gehen: daß Rent-Amtmann Zöller vor dem 17. Jänner 1809. als Amtsschreiber zu Obergimpern angestellt gewesen sey? — Diese Auflage stützte sich auf die fiscalische Behauptung, daß die Grundherrn zu der Trennung der streitigen und

willkührlichen Gerichtsbarkeit gar nicht gezwungen seyen, indem der anfangs auf den 21. Juni 1809. zum Vollzug des Edicts angesetzte Termin bis zum 23. August hinausgesetzt und den Grundherrn gestattet sey, um Dispensation für die Fortdauer der bisherigen Vereinigung der Justiz-Verwaltung und Amtsschreiberei, bis nach dereinstiger Aenderung in der Person der jetzigen Diener, nachzusuchen. Hätten nun die Grundherrn die Trennung später vorgenommen, so wollte der Referent dieses für eine rein willkührliche Handlung der Grundherrn halten, welche nur sie, und nicht den Großh. Fiscus, zur Entschädigung verbinde.

Eine weitere Beweisauflage ward eventuell dahin vorgeschlagen: was dem Kläger die signaturmäßig gebührenden Amtsschreiberei-Sporteln der zu seinem grundherrlichen Amtsbezirk gehörig gewesenen Orte Obergimpern ꝛc. in den Jahren 1805 bis 1808. ertragen hätten? — Denn Großh. Fiscus setze dem Kläger, welcher seine Entschädigung durch Vorlegung der Verzeichnisse von den Amtsrevisorats-Sporteln aus den Jahren 1814 bis 1823. liquidiren wolle, entgegen, daß der Geschäftskreis der nachmaligen Amtsrevisorate viel ausgedehnter gewesen sey, als der der grundherrlichen Amtsschreiberei zu Obergimpern. Notorisch sey es nun, daß die jetzigen Amtsrevisorate erst aus der Organisation vom November 1809. hervorgegangen seyen, während doch die für Kläger günstigste Entscheidung nicht weiter gehen könnte, als ihm eine Aufbesserung bis zum Betrage der frühern Amtsschreibereigebühren zuzuerkennen. — Der Maaßstab für seine Entschädigung müßte daher aus der, der Trennung der rechtspolizeilichen Geschäfte von dem Amte Obergimpern vorhergegangenen Zeit entnommen werden, wozu eine 3 jährige Durchschnittsberechnung genügen würde.

II.

Entscheidungen unter der Herrschaft des ältern Proceßverfahrens.

Digitized by Google

Ist die Ehefrau verbunden, für die Hälfte der von ihrem Ehemann während der Ehe gemachten Schulden zu haften, in Folge der Errungenschafts-Gemeinschaft?

(Michael März gegen die Joseph Buttenmüller'sche Ehefrau.)

Das Factische dieses Rechtsstreites ist sehr einfach. — J. Buttenmüller hatte am 28. Juli 1819. eine Urkunde darüber ausgestellt, daß er dem Lorenz Knebel in Freiburg für baar geliehenes Geld und Naturalien 2000 fl. schuldig geworden sey. Es waren 5 Procent Zinsen und vierteljährige Aufkündigung bedungen. Diesen Schuldschein hatte Michael März als Bürge und Zähler unterschrieben.

Nachdem diese Forderung durch Cession auf den Bierbrauer G. zu Freiburg übergegangen war, ward bald darauf gegen den Schuldner Buttenmüller Vermögensuntersuchung und nachmals die Gant erkannt.

G., welcher nach der Verweisung des Amtsrevisorats nur 122 fl. 15 kr. bekommen sollte, klagte die verlorene Summe zur Hälfte gegen die Buttenmüller'sche Ehefrau ein, und bezog sich zu dem Ende auf den §. 4. eines Ehevertrags vom 14. Nov. 1815., wonach die Buttenmüller'schen Eheleute in Errungenschaftsgemeinschaft ständen, und auf den L. R. Satz 1521 a.

Der Anwalt der Beklagten erklärte, daß die weitern Verhandlungen über die Klage nicht eher geschehen könnten, als bis der Buttenmüller'sche Gantprozeß zu Ende sey. Denn aus diesen Acten ergäbe sich, daß das eingeklagte Kapital die gegenwärtige Ehe gar nicht berühre, sondern nur aufgenommen sey, um Schulden der ersten Ehe damit zu bezahlen. Daß die Beklagtin die fragliche Schuldurkunde weder anerkannt, noch unterzeichnet habe, und daß sie endlich sich der Gütergemeinschaft entschlagen und nicht nur ihre Einbuße schon erlitten habe, sondern sogar um ihr liegenschaftliches Einbringen gebracht sey. Endlich ward sich auf einen Vergleich berufen, laut welchem die Gläubiger auf alle Ansprüche an die Beklagtin verzichtet hätten.

Das Amt erließ folgendes Erkenntniß: „ist Kläger mit „seiner Klage abzuweisen, bis eine förmliche Einbußberech„nung zwischen der Jos. Buttenmüller'schen Gantmasse „und der Beklagtin über das eingebrachte und errungene „Vermögen gefertigt, und als rechtsbeständig anerkannt „oder erklärt seyn wird."

Auf gegen dieses Urtheil ergriffene Appellation erkannte das Hofgericht des Oberrheins unter dem 2. Nov. 1831., in pejus: daß der Appellant mit der erhobenen Klage, unter Verurtheilung in die Kosten beider Instanzen, abzuweisen sey.

Beim Oberhofgerichte ward die gegen diese Erkenntnisse zur Hand genommene Oberberufung zugelassen, und es erging demnächst ein reformatorisches Urtheil dahin:

„Die Beklagtin sey schuldig, dem Kläger binnen 4 „Wochen, bei Vermeidung des Gerichtszugriffes, die Hälfte „jenes Verlustes mit Zinsen zu bezahlen, den Kläger als „Bürge und Zähler an der Lorenz Knebel'schen, resp. „Bierbrauer Grammischen Forderung in der Gant ihres „Ehemannes wegen Vermögensunzulänglichkeit erleiden „mußte; auch habe die Beklagte sämmtliche Kosten der drei „Instanzen allein zu tragen."

Die Gründe zu diesem abändernden Erkenntnisse finden sich in dem Definitiv-Vortrage dahin zusammengestellt:

Um beurtheilen zu können, ob die Klage auf Ersatz der Hälfte des Verlustes, welchen Kläger in der Gant des Ehemannes der Beklagten erlitten hatte, und folgeweise, ob seine Beschwerde gegen die Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen begründet sey? stellte der Referent folgende Fragen auf: 1) Besteht unter den Buttenmüller'schen Eheleuten, nach Maasgabe ihres am 14. Nov. 1815. errichteten Ehevertrags, eine Errungenschaftsgemeinschaft? 2) Ist die beklagte Ehefrau, in Folge dieser Errungenschaftsgemeinschaft, verbunden, den Gläubigern ihres Mannes für die Hälfte der von letzterem während ihrer Ehe gemachten Schulden zu haften? und 3) ist genügend erwiesen, daß die Darlehensforderung des Klägers, erst nach der Verheirathung des J. Buttenmüller mit seiner jetzigen Ehefrau entstanden ist?

Zur ersten Frage, ward ein Auszug aus dem Ehevertrage der Buttenmüller'schen Eheleute geliefert. In dessen §. 4. war festgesetzt:

„Beide Theile setzen eine Errungenschafts-Gemein-
„schaft fest, und beschränken dieselbe dahin, a) es soll
„denen aus dieser Ehe erzeugten Kindern ein Viertheil
„der ehelichen Errungenschaft bei einer dereinstigen Theilung
„als Voraus zugesichert werden, die übrigen drei Viertheile
„hingegen sollen nach dem Grundsatz der gesetzlichen Errun-
„genschaft vertheilt werden. Sollten keine Kinder aus die-
„ser Ehe gezeugt werden, so bleibt die ganze Errungenschaft
„halbtheilig, und obiger Voraus fällt sodann weg. b)
„Behält sich die Wittwe jährlich 100 fl. ihres testamenta-
„rischen Nießbrauchs zur freien Disposition bevor, so zwar,
„daß sie der Verwaltung ihres Mannes gänzlich entzogen
„sind."

Ungeachtet dieser deutlichen Worte, wollte doch der Anwalt der Beklagten es bezweifeln, daß darin eine Errungenschafts-Gemeinschaft bedungen worden, weil er einen Widerspruch zwischen dieser Stelle und den §§. 3. und 4. des Ehevertrags behauptete, und mit Beziehung auf die k. R. Sätze 1530. und 1531., das Daseyn einer Nichtgemeinschaft, im Sinne der allegirten Gesetze behaupten wollte.

Es führte jedoch der Referent aus: daß, um die ehelichen Verhältnisse der B.-schen Eheleute nach den erwähnten Gesetzen beurtheilen zu können, der Ehevertrag das Geding enthalten müßte, daß unter ihnen gar keine Gütergemeinschaft statt finden solle, und daß sie solche völlig ausschlössen.

Nun aber stehe der §. 3. des Ehevertrags nicht im Widerspruche mit dessen §. 4., indem er besage:

„dieses weibliche Beibringen erklärt die Wittwe — als „eheweibliches Sondergut, zu welchem Ende auch die größ„tentheils in Geld bestehenden 3000 fl. als Liegenschaftsgut „angenommen werden sollen.“

Diese Worte dienten nur als Einleitung zu dem §. 4. des Ehevertrags. Es habe nämlich im §. 3. in Verbindung mit §. 4. nichts anders gesagt werden sollen, als daß das gesammte Einbringen der Frau, einschließlich ihres Fahrnißvermögens, nicht in die Gütergemeinschaft fallen, sondern daß diese lediglich nur die Errungenschaft umfassen solle. Dieses Geding sey mit dem im Sinne des k. R. Satzes 1530., wodurch die Gütergemeinschaft ausgeschlossen worden, durchaus unvereinbar, weil bei dieser Nichtgemeinschaftsart die Einkünfte aus den Gütern der Frau als dem Mann zur Bestreitung der Ehelasten gehörig, behandelt würden, mithin auch eine bei der Eheauflösung sich ergebende Errungenschaft dem Mann allein zugehöre.

Wenn daher die erste Frage dahin zu beantworten sey, daß die Jos. Buttenmüller'schen Eheleute allerdings eine

Errungenschaftsgemeinschaft unter sich bedungen hätten, so suche der oberappellatische Anwalt in der dritten Instanz noch den befragten Ehevertrag für seine Clientin dadurch unschädlich zu machen, daß er solchen als nichtig anfechte. — Diese versuchte Umstoßung des Ehevertrags hielt jedoch der Referent für längst verspätet, und die im gegenwärtigen Prozeß darauf gegründete Einrede der Nichtigkeit für versäumt. — Denn, was das letztere anlange, so wäre die Oberappellations-Einwendungs-Schrift nicht der geeignete Ort dazu, sondern die Einrede hätte schon in erster Instanz, bei Einlassung auf die Klage vorgebracht werden sollen. Die Behauptung des Oberappellaten, daß es in der Pflicht des Richters gelegen habe, die formelle Beschaffenheit des Ehevertrags von Amts wegen zu prüfen, und, wenn er Nichtigkeiten darin finde, sie zu berücksichtigen, ohne von den Parthieen dazu aufgerufen zu seyn, widerstrebe durchaus der dem Badischen ältern Prozesse zum Grunde liegenden Verhandlungsmaxime, und stehe mit dem Grundsatz, daß der Richter Einreden nicht von Amts wegen suppliren dürfe, durchaus im Widerspruch.

Zur zweiten Frage: ob die Ehefrau verbunden sey, in Folge der Errungenschaftsgemeinschaft, den Gläubigern ihres Mannes für die Hälfte der von ihm während der Ehe contrahirten Schulden zu haften? — ward ausgeführt. —

Nach dem L. R. Satze 1498. wären bei der bloßen Errungenschaftsgemeinschaft die beigebrachten und künftigen eigenen Schulden eines Jeden, und alle ihre beiderseitig beigebrachte und künftige Habe von der Gemeinschaft ausgeschlossen. Der französische Urtext bediene sich der Worte:

»Lorsque les époux stipulent, qu'il n'y aura entre eux »qu'une communauté d'acquets, ils sont censé exclus de »la communauté et les dettes de chacun d'eux actuelles et »futures, et leur mobilier respectiv et futur.«

Demnach gäbe es, bei der ursprünglichen französischen Gesetzgebung, bei der Errungenschaftsgemeinschaft keine ehegemeinschaftliche Schuld, im Sinne des L. R. Satzes 1409., sondern blos besondere Schulden des Mannes und der Frau. — Allein dieses sey im Badischen abgeändert, und der nach alt-Badischem Recht bestehende Grundsatz, daß bei einer Errungenschafts-Gemeinschaft, die Ehefrau in eben dem Verhältnisse für die errungenen Schulden, auch über den Werth des errungenen Vermögens hinaus, haften müsse, sey in die Gesetzgebung aufgenommen.

Dieses wäre geschehen: a) dadurch, daß in die deutsche Uebersetzung des L. R. Satzes 1498., nach den Worten „jetzige und künftige" noch das Wörtchen „eigene" (Schulden) eingerückt worden, wodurch, wie Brauer in den Erläut. B. III. S. 384. lehre, angedeutet werden solle, daß alle Eheschulden oder gemeinschaftliche Schulden aufhörten, von der Gemeinschaft ausgeschlossen zu seyn. Sodann b) durch die Vorschrift des L. R. Satzes 1521. a. Diesem Zusatze gehe nämlich die Bestimmung des L. R. Satzes 1521. voraus, wodurch das Geding für ungültig erklärt werde, welches einen Ehegatten oder dessen Erben verbinden wollte, einen größern oder kleinern Theil der Schulden zu übernehmen, als welcher seinem Antheile am Vermögen entspreche. c) Durch den folgenden Zusatz: „Ja, wo bloße Errungenschaftsgemeinschaft ist, kann auch „kein Ehegatte sich frei machen, den Antheil an den Schul„den, der ihn trifft, so weit er aus dem errungenen Ver„mögen nicht bezahlt werden kann, aus dem rücknehmenden „Einbringen den Gläubigern zu bezahlen."

Nach den klaren Bestimmungen dieses Gesetzes könne also bei einer Errungenschafts-Gemeinschaft, die Ehefrau, selbst wenn sie sich der Gütergemeinschaft entschlage, ihr Einbringen nie frei von der Haftungsverbindlichkeit für ihren Antheil an den Gemeinschaftsschulden zurückziehen, so-

bald das Gemeinschaftsvermögen zu deren Zahlung nicht hinreiche, sondern sie sey vielmehr verbunden, diesen ihren Antheil aus ihrem rücknehmenden Einbringen zu bezahlen.

Wenn nun bei der landrechtlichen Gesetzgebung es auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft, ehegemeinschaftliche Schulden gäbe, so frage es sich, worin dieselben bestünden? Erwäge man, daß nach L. R. Satz 1528. die bedungene Gütergemeinschaft in allen Fällen den Regeln der gesetzlichen folge, so beantworte sich diese Frage dahin, daß auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft insbesondere, alle jene Schulden als ehegemeinschaftliche zu betrachten seyen, welche der L. R. Satz 1409. Nr. 2. als solche bezeichne, nämlich diejenigen, welche während der Gemeinschaft vom Mann, oder von der Frau mit Bewilligung des Mannes, gemacht worden seyen.

Frage man weiter: in welchem Verhältnisse die Ehefrau an den Gemeinschaftsschulden Antheil zu nehmen habe, so beantworte sich dieses nach Maaßgabe des L. R. Satzes 1528. in Verbindung mit L. R. Satz 1482. dahin, daß davon die Hälfte auf die Frau falle.

Es hatte inzwischen der hofgerichtliche Legent, nach dessen Ansicht die hofgerichtliche Majorität den Fall entschied, dem L. R. Satz 1521. a. eine weit beschränktere Auslegung gegeben, indem er glaubte, daß derselbe nur von dem Falle zu verstehen sey, wenn die Frau sich der Gütergemeinschaft theilhaftig mache. — Dagegen erinnerte der oberhofgerichtliche Referent, daß, nach dem Gesetze, sich ein Ehegatte bei einer Errungenschaftsgemeinschaft von der Verbindlichkeit frei machen könne, aus dem rücknehmenden Einbringen seinen Antheil an den Gemeinschaftsschulden zu bezahlen.

Nach der Auslegung des hofgerichtl. Legenten würde es hingegen jederzeit in der Willkühr der Ehefrau stehen, sich durch Entschlagung der Gütergemeinschaft von der Theil-

nahme an den Schulden frei zu machen, und ihr Einbringen schuldenfrei zurückzuziehen. Eine solche Auslegung, welche gerade zu dem entgegengesetzten Resultate von demjenigen führe, welches das Gesetz, seinem deutlichen Inhalte nach beabsichtige, könne unmöglich richtig seyn. Es würde, wenn man ihr folgen wollte, das Gesetz niemals zur Anwendung kommen, und dasselbe als ein müßiger Zierrath im Gesetzbuche stehen, weil jede Ehefrau sich wohl hüten werde, die Gütergemeinschaft anzunehmen, sobald sich bei der Vermögensaufnahme keine Errungenschaft, sondern vielmehr eine Verrungenschaft herausstelle.

Auch die Behauptung, daß, wenn man das Gesetz nicht in dem vom hofgerichtlichen Legenten unterstellten Sinne verstehe, sich ein Widerspruch zwischen demselben und dem L. R. Satz 1453. ergeben würde, suchte der oberhofgerichtliche Referent folgendermaßen zu widerlegen. *)

Ein solcher Widerspruch fände sich überall nicht, sondern es hätten nur die wegen Entschlagung der gesetzlichen Gütergemeinschaft, in den L. R. Sätzen 1453. 1492. bis 1495. gegebenen Regeln, in Beziehung auf die Errungenschaftsgemeinschaft, durch den L. R. Satz 1521. a. eine Beschränkung erlitten.

Auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft behalte die Frau, welche der Gütergemeinschaft entsage, nach L. R. Satz 1493. das Recht, ihr im Satze 1470. beschriebenes Beibringen zurückzunehmen, und zwar könne sie desfalls nach L. R. Satz 1495. sowohl das Gemeinschaftsvermögen, als die eigenen Güter des Mannes angreifen.

---

*) L. R. Satz 1453.: „Wenn die Gütergemeinschaft aufgelöst „wird, so steht der Frau frei, sich deren theilhaftig zu ma„chen, oder zu entschlagen; jede Uebereinkunft, welche die„ser Freiheit zuwider läuft, ist ungültig.“

Beschränkt wäre dagegen das Entschlagungsrecht der Ehefrauen in seinen Wirkungen dadurch, daß sie nicht mehr, wie L. R. Satz 1494. vorschreibe, unbedingt von den Gemeinschaftsschulden frei würden, sondern daß sie vielmehr nach L. R. Satz 1521. a. den sie daran treffenden Antheil aus ihrem Einbringen bezahlen müssen.

Was sich mit Grund gegen die Vorschrift dieses letztern L. R. Satzes sagen ließe, bestehe darin, daß solche in das System, welches das französische Civil-Recht über eheliche Gütergemeinschaften und über das Verhältniß der Ehefrauen zu denselben aufstelle, nicht füglich passe, und die sonderbare Folge herbeiführe, daß die Errungenschafts-Gemeinschaft, welche unter allen Gemeinschaftsarten eigentlich die vortheilhafteste für die Frau seyn sollte, nun die allernachtheiligste (etwa mit Ausnahme der allgemeinen Gütergemeinschaft), im Falle der Insolvenz des Mannes, für sie werden würde. Allein diese Betrachtung berühre den Gesetzgeber, nicht den Richter, welcher letztere nur die bestehenden Gesetze anzuwenden habe.

Endlich wies der Referent noch zur dritten Frage aus den Acten nach, daß die zur Hälfte an die Ehefrau gemachte Forderung während ihrer Ehe mit dem J. Buttenmüller entstanden sey, und concludirte auf das oben angeführte reformatorische Urtheil.

Alle Stimmen des Pleni, bis auf eine noch, traten dieser Ausführung des Referenten bei.

Verantwortlichkeit des Gewalthabers aus einem Versehen oder Vergehen, nach gemeinem Rechte.

(Obervogt Frech gegen Franciska Seyer.)

Im Jahre 1803. hatte der Vicar Abbé Eisenmann den Vogteiverrechner F. um ein Anlehen von 40 Louisd'or, an-

geblich für den Amtsschultheiß Fischer angesprochen. Er erhielt dasselbe, und stellte einen Schuldschein in den Worten aus: „ich Unterzeichneter bekenne, daß ich von Herrn F. für Herrn Amtsschultheiß F—r. 444 fl. erhalten habe. Eisenmann, Vicar.“

Erst im Jahre 1816. erhielt F. auf mehrfaches Andringen bei seinem vermeintlichen Gläubiger F—r. die Antwort, in einer, von demselben bei Amte abgegebenen Erklärung dahin: daß ihm von diesem Anlehen keine Sylbe bekannt sey, und daß sich nirgends eine Handschrift von ihm vorfinden werde.

Vicar E. starb im Elsaß, und hatte die Wittwe S. zu seiner Universalerbin eingesetzt. Diese, nachdem sie sich von der Aechtheit des von ihrem Erblasser ausgestellten Schuldscheines überzeugt hatte, schloß mit dem Darleiher F. einen Vergleich dahin ab, daß sie für Kapital und Zinsen binnen einem Vierteljahre 500 fl. bezahlen wolle, womit die ganze Schuld getilgt seyn sollte. Diese Vergleichssumme ward auch wirklich ausgezahlt.

Indessen fanden die Erben des Abbé Eisenmann unter seinen hinterlassenen Papieren einen Schein des Altschultheiß F—r. vom 28. Juli 1803. auf, wodurch der Empfang der 40 Louisd'or durch Hrn. Abbé Eisenmann attestirt war.

Darauf gestützt, forderte die Wittwe Seyer jene bezahlten 500 fl., anfangs mittelst einer Klage gegen Amtsschultheiß F—r., und als sie damit abgewiesen ward, verlangte sie die, zufolge Vergleichs vom 1. März 1816. dem Frech bezahlten 500 fl. zurück. In der deßhalb angestellten Klage bat sie um die Auflösung jenes Vertrags, weil es sich jetzt zeige, daß die Urkunde vom 29. Februar 1816., die Veranlassung zu dem Vergleiche, falsch sey.

Im Laufe der damaligen Verhandlungen genehmigten beide Theile die Aufhebung des Vergleichs vom 1. März

1816., der damalige Kreisrath F. ward von der ersten Instanz für schuldig erklärt, die fraglichen 500 fl. zurückzuzahlen, und dieses Erkenntniß in zweiter und dritter Instanz bestätigt.

Damit hatte der damalige Prozeß sein Ende erreicht.

Beinahe fünf Jahre nachher lebte jedoch diese Sache wieder auf, indem der damalige Obervogt Frech bei Amte vortrug, da die Seyer seit vier Jahren nichts an ihn gefordert, so müsse er wissen, wie er mit ihr stehe, und bitte, sie einzuvernehmen, ob sie auf die fragliche Forderung verzichtet habe, oder nicht? Als aber dieselbe erklärte, daß sie schon vor 7 Jahren diese Forderung an einen gewissen Sylvester Weber abgetreten habe, und dieser zu Protocoll gab, daß er auf dieselbe bestehe, so ward am 1. September 1829. eine neue Klage gegen sie bei Amte überreicht.

Nachdem — sagte der Kläger — er zur Herauszahlung der vergleichsmäßigen 500 fl. verurtheilt und ihm überlassen worden, seine Klage gegen die Seyer fortzusetzen, so seyen die älteren Rechtsverhältnisse wieder eingetreten, welche vor dem Vergleiche bestanden hätten, und er wiederhole seine Klage von 1816., welcher er noch beifüge. — Die beim Amte O. gepflogenen Verhandlungen in Sachen der Beklagten gegen Fischer wiesen die streng rechtliche Wahrheit nach, daß Vicar Eisenmann dem Fischer selbst 40 Louisd'or schuldig gewesen sey, und mit dem, von ihm Kläger erhaltenen Gelde seine eigene Schuld bezahlt habe. — Da inzwischen Fischer aus einer gewissen Gantmasse Geld zu erheben gehabt, auch ihm eine Pension ausgeworfen worden, so habe Kläger die 40 Louisd'or gegen ihn eingeklagt, und zugleich einen Beschlag auf seine Forderung gelegt. Indessen wäre er auch mit dieser Klage abgewiesen, weil Abbé Eisenmann aus de-

nen, von ihm angeblich für Fischer entlehnten und ihm anvertrauten Geldern, seine eigene Schuld an diesen getilgt habe, und Fischer von dem Vorgeben Eisenmanns bei Obervogt Frech nichts gewußt habe. Er hätte dieses Erkenntniß rechtskräftig werden lassen, weil die Seyer ihn nicht habe vertreten wollen; es wäre daher gegen sie Beide rechtskräftig entschieden: daß Vicar Eisenmann die ihm anvertrauten Gelder in seinen eigenen Nutzen verwendet habe. Daher wäre die Beklagte, als dessen Rechtsnachfolgerin schuldig, ihm, ausser den bezahlten 500 fl., noch 226 fl. an Kapital und Zinsen zu vergüten. Er bat, sie zur Zahlung dieser Restforderung anzuhalten.

Die Beklagte berief sich darauf, daß die Sache rechtskräftig erlediget sey; Kläger möge übrigens seinen Regreß nehmen, an wen er wolle.

Dieser Rechtskraft widersprach jedoch der Kläger. Die Richterstellen hätten in den frühern Prozessen seine Einwilligung zur Aufhebung des Vergleichs von 1816. als pure geschehen angenommen, ihm aber die Ausführung seiner Ansprüche an die Beklagte vorbehalten; die nämlichen Rechtsverhältnisse, welche vor dem Vergleich bestanden hätten, wären nach Aufhebung desselben wieder eingetreten.

Die erste Instanz wies die Klage, als längst durch rechtskräftiges Erkenntniß erledigt, ab. In der Appellations-Instanz ward aber diese Rechtskraft bestritten, indem über die Materialien der Sache noch nichts entschieden, und dem Kläger vorbehalten sey, gegen seine Gegnerin mit einer besondern Klage aufzutreten.

Im Uebergange auf die Materialien ward vom Appellanten behauptet: es sey erwiesen und anerkannt, daß Kläger dem Rechtsvorfahrer der Beklagten 440 fl. für Fischer gegeben habe. Ob nun Eisenmann seine eigene Schuld bei Fischer bezahlt habe? dieses sey eine Streitsache zwischen der Beklagten und Fischer. Kläger sey nur

der Mittelsmann, und es könne ihm gleichgültig seyn, wer in jenem Streite obsiege; denn in dem einen Falle sey Fischer, in dem andern aber die Beklagte ihm haftbar.

Obgleich die Verhandlung mit Fischer dem Kläger nicht schaden könne, so müsse sie doch die Beklagtin gegen den Kläger verbinden. Es werde nämlich Niemand widersprechen, daß, sobald Fischer's Behauptung richtig sey, dem Kläger das Rückgriffsrecht auf die Beklagtin zustehe, daß diese daher, wenn er gegen Fischer klage, ihn zu vertreten, und ihm im Unterliegungsfalle Ersatz zu leisten habe.

Von der Gegenseite ward darauf bestanden, daß die Rechtskraft in der Mitte liege. Die Behauptung, daß in erster Instanz die Reconvention vorbehalten wäre, sey ungegründet, da die Urtheile der beiden höhern Instanzen das Urtheil des Amts abgeändert hätten. In allen drei Instanzen wäre über die Klage und Widerklage weit und breit verhandelt und gesprochen worden. —

Als das amtliche Urtheil vom Hofgerichte lediglich bestätigt ward, so verfolgte der Kläger dagegen die Oberappellation, welche aber nur als Revision angenommen wurde.

Der Revident wollte das hofgerichtliche Urtheil nicht anerkennen, sondern bat: die Sache als nicht entschieden anzusehen und dieselbe an das Hofgericht zurückzugeben, mit der Weisung, den zu entscheidenden 6 Richtern einen vorsitzenden Rath beizugeben. Diese Ansicht gründete sich auf einige Ausstellungen, die er gegen das Decisiv-Votum des Präsidenten machte.

Hinsichtlich der Materialien ward in der Revisions-Instanz nicht viel vorgebracht, was nicht schon in den frühern Instanzen zur Sprache gekommen wäre. — Ob Eisenmann der Mandatar des Fischer gewesen, wisse man nicht; Ersterer habe sich dafür ausgegeben, Letzterer widerspreche dieser Behauptung. Bei diesen Verhältnissen müsse Beklagtin die Richtigkeit des Mandats beweisen. Dagegen

involvire die von Eisenmann dem Kläger ausgestellte Bescheinigung, nach welcher Jener das Geld für Fischer erhalten habe, den Auftrag, solches auch an diesen zu überbringen. — Kläger habe das Geld dem Eisenmann als Fischer'schem Mandatar anvertraut, es habe sich aber gezeigt, daß er dieß nicht gewesen sey, sondern daß er vielmehr den Kläger getäuscht und das Geld für sich verwendet habe. — Es versuchte Revident weiter, mehrere bei dem Hofgerichte gefallene Abstimmungen zu widerlegen.

Nach geschlossenen Revisionsverhandlungen erkannte das Oberhofgericht in pleno abändernd: „es sey, unter Aufhebung „des amtlichen und hofgerichtlichen Erkenntnisses, dahin zu „erkennen, daß Beklagte Revisin schuldig sey, die einge„klagte Restforderung von 226 fl. sammt Zins zu 5 pCt. „vom 1. Juli 1826. an, binnen 4 Wochen an den Kläger „zu zahlen."

Der oberhofgerichtliche Referent, welcher auf dieses Urtheil antrug, hatte seine Gründe dahin zusammengefaßt. Frage man zuerst: ob die Klage begründet sey? — so könne es sich nach dem ausgestellten Scheine des Vicar Eisenmann nicht wohl bezweifeln lassen, daß dieser, indem er den Schein ausstellte, die Verbindlichkeit übernommen habe, das Geld in des Revidenten Namen an Fischer abzuliefern, und daß Eisenmann so lange dem Obervogt Frech verhaftet bleibe, bis er sich ausweise, daß er der Mandatar Fischer's gewesen sey, und diesem das Geld ausgeliefert habe.

Müßte man nun als richtig annehmen, daß Eisenmann sich fälschlich für Fischer's Mandatar bei dieser Gelderhebung ausgegeben, oder daß er keine gehörige Empfangsbescheinigung sich von Fischer hätte ausstellen lassen; — so würde darnach die Klage, welche sich auf ein Vergehen oder Versehen gründe, als fundirt erscheinen.

Da von Seiten Eisenmann's nicht nachgewiesen worden, daß er von Fischer einen Auftrag gehabt habe, so müsse angenommen werden, daß, beim Mangel eines solchen Auftrages nur Ersterer dem Revidenten für die Schuld habe verbindlich werden können. Uebrigens würde er ihm auch immer wegen Versehens verhaftet bleiben, weil er sich von Fischer keinen zur Rückforderung des Geldes geeigneten Schein habe ausstellen lassen. Der von Fischer am 28. Juli 1803. ausgestellte Schein reiche dazu nicht hin, weil er des Revidenten nicht erwähne, und nichts davon, daß F. die 40 Louisd'or durch Eisenmann vom Revidenten erhalten habe; er könne also nicht dazu hinreichen, um diese Summe von Fischer zurückzufordern. Da nun Eisenmann sich von Fischer keinen gehörigen Schein habe ausstellen lassen, so habe er sich eine grobe Nachlässigkeit, ein Versehen, zu Schulden kommen lassen, wofür er haften müsse. Er sey bezüglich auf den Revidenten in culpa, und müsse für den Nachtheil einstehen, der durch sein Verschulden entstanden.

Denn in diesem Falle, der nach gemeinem Rechte zu entscheiden sey, indem es sich von einem Geschäfte von 1803. handle, müsse distinguirt werden: ob die culpa ausser einem Contracte vorkomme, oder ob Jemand mit dem Andern in vertragsmäßigen Verhältnissen stehe. — Eigentlich würde in dem zu entscheidenden Falle nur von der letztern culpa die Rede seyn können, da durch den Schein ein vertragsmäßiges Verhältniß zu dem Revidenten entstanden sey; da inzwischen der Revise ein solches Verhältniß läugne, so müsse auch der Fall einer culpa ausser dem Contracte, in Betracht gezogen werden. In diesem Falle müsse jeder den höchsten Fleiß anwenden, er müsse den durch seine Nachlässigkeit zugefügten Schaden ersetzen, die culpa möge lata, levis oder levissima seyn, besonders wenn aus einem vorhergehenden positiven Factum, die Ver-

bindlichkeit entsprungen sey, die nachtheiligen Folgen desselben abzuwenden — Thibaut, System der Pandecten, 5. Ausg. §. 254.

Hier dürfte ein solches Factum in doppelter Hinsicht vorhanden seyn, einmal, weil Eisenmann sich für den Gewalthaber des Fischer ausgegeben, und dann bestehe dieses Factum in der Uebernahme des Geldes vom Revidenten für Fischer. — Er hätte das Geld nicht so abliefern dürfen, daß der Geber desselben unbekannt oder zweifelhaft geblieben, und dadurch in Gefahr gekommen wäre, sein Darlehen zu verlieren. Eisenmann müsse also für den Schaden haften, wenn man auch mit dem revisischen Anwalte annehmen wollte, daß er nur zu Fischer, nicht aber auch zum Revidenten in einem Vertragsverhältnisse gestanden sey.

Zufolge des Scheines des Eisenmann würde sich aber eher annehmen lassen, daß er dadurch vertragsmäßig die erwähnte Verbindlichkeit übernommen habe, so daß hier nur von der Leistung der culpa im Falle eines vertragsmäßigen Verhältnisses die Rede seyn könne. — In diesem Falle würden folgende 2 Bestimmungen eintreten: 1., daß der, dem eine obligatio faciendi obliege, eben so unbedingt den höchsten Fleiß anwenden müsse, als 2., derjenige, welcher sich zu einem Geschäfte aufdringt, er möchte nun einen Bessern verdrängen, oder nicht.

Beide Bestimmungen kämen hier in Anwendung. Vicar E. habe sich durch seinen Schein zur Leistung eines Facti verbindlich gemacht, nämlich zur Ablieferung des für Fischer empfangenen Geldes. Er hätte daher den höchsten Fleiß bei der Ablieferung anwenden müssen, oder habe doch wenigstens culpam levem zu leisten gehabt. Auch die zweite Bestimmung würde hier eintreten, denn so lange nicht nachgewiesen werden könne, daß E. zur Geldaufnahme von Fischer einen Auftrag gehabt, stelle er sich als

einen Solchen dar, der sich zu dem Geschäfte aufgedrungen habe.

Das revisische Argument, wie der Schein von Fischer darum gelten müsse, weil er die nämliche Summe und den nämlichen Datum enthalte, wie der Eisenmann'sche, könnte höchstens eine richterliche Vermuthung dafür begründen, daß das Frech'sche Geld an Fischer abgegeben worden. Daraus würde aber noch überall nicht folgen, daß ihm das fragliche Geld, als von Obervogt Frech kommend, gegeben und überschickt sey. Nur dann möchte aus diesem Umstande eine Vermuthung für die Beklagtin entstehen, wenn erwiesen worden wäre, daß Eisenmann von Fischer wirklich einen Auftrag zu einer solchen Geldaufnahme gehabt habe.

Ueberdem habe die Beklagtin versucht, den fraglichen Schein durch eine besondere Klage gegen Fischer vor dem Amte D. geltend zu machen; sie sey aber rechtskräftig mit dieser Klage abgewiesen worden, und das Amt sage in seinen Entscheidungsgründen: Der Empfangschein, welchen Fischer über die 40 Louisd'or ausstellte, sey offenbar kein Schuldbekenntniß, sondern eine simple Quittung. Unter diesen Umständen könne die Eisenmann'sche Erbin die Verbindlichkeit oder Schuld ihres Erblassers durch Abtretung des Fischer'schen Scheines nicht tilgen oder zahlen, weil sie, nach jener Entscheidung, keine Forderung aus diesem Scheine habe.

Ferner habe Frech eine Klage gegen Fischer, unter Aufforderung der Beklagten zur Vertretung angestellt, welcher Rechtsstreit sich damit geendigt habe, daß von Fischer ein Eid dahin ausgeschworen sey, daß er mittelst der erhaltenen 40 Louisd'or nur denjenigen Betrag zurück erhalten habe, den Eisenmann ihm schuldig gewesen, und daß er ihm keinen Auftrag gegeben habe, eine Geld-Anleihe von 40 Louisd'or für ihn zu negotiiren.

Da auf dieſe Art der Referent die Klage für begründet hielt, ſo kam es auf die beiden derſelben entgegengeſetzten Einreden nicht an.

Die erſte derſelben, die der rechtskräftigen Entſcheidung der Sache, hielt er für verwerflich, indem er nachwies, daß weder das Amt noch das Hofgericht über den Reconventionspoſten, welcher jetzt in Frage ſey, erkannt habe.

Die zweite Einrede, die der Verjährung, welche ſich nur auf einen Theil der Zinſen erſtreckte, fand der Referent theils nur unbeſtimmt hingeworfen, theils auch unbegründet.

Andere Anſicht hatte das Inſtructiv-Votum, jedoch nur lediglich hinſichtlich der erſten Einrede der Rechtskraft; womit ſich noch eine weitere Stimme des Senats auf Beſtätigung des hofgerichtlichen Urtheils vereinigte, ſo daß die Sache zur Entſcheidung an das Plenum abgegeben werden mußte. Sämmtliche Stimmen des Pleni traten dem Referenten auf ein reformatoriſches Urtheil bei.

Kann ein Amtsreviſor, der bei einem öffentlichen Teſtamente als Zeuge auftritt, für zwei Zeugen gezählt werden? — Ergänzung des Aufſatzes im 7. Theile der oberhofgerichtlichen Jahrbücher S. 280. folg.

(Steiert gegen Steiert.)

Jener Aufſatz ging nur bis zur Erkennung der Proceſſe; ſchon bei der damaligen Deliberation erſchien die Sache als ſehr zweifelhaft, nur eine Stimme gab den Ausſchlag für die Zulaſſung der Oberberufung. Nach geſchloſſenen Ver-

handlungen kam der Rechtsstreit, da auf ein reformatorisches Erkenntniß gegen zwei gleichlautende Urtheile der Untergerichte angetragen ward, zur Entscheidung des Pleni.

Bei der Prüfung: ob die Klage begründet sey? — hatte der Definitiv-Referent folgende beide Fragen aufgeworfen: 1) ob es eine Nichtigkeit des Testamentes begründen könne, daß das fragliche Testament von keinem Staatsschreiber, noch aus Auftrag eines solchen, sondern nur von einem Theilungs-Commissair in eigenem Namen aufgenommen worden sey? 2) Ob der letzte Wille darum nichtig sey, weil es an der erforderlichen Anzahl tauglicher Testamentszeugen fehle?

Die erste Frage kann hier mit der Bemerkung übergangen werden, daß der Referent in diesem Verhältnisse keinen Nichtigkeitsgrund auffinden wollte, weil der Theilungs-Commissair, welcher das Testament aufnahm, in dieser Eigenschaft bei dem Land-Amtsrevisorat F. angestellt gewesen, und darin schon seine präsumtive Ermächtigung zur Vornahme der Staatsschreiberei gelegen habe. Ueberdem wäre sein Principal, der Amtsrevisor, bei der Testaments-Verfassung selbst anwesend gewesen, und hätte dasselbe mit unterschrieben.

Die zweite Frage ward näher dahin bestimmt: ob durch die bloße Mitwirkung des Amtsrevisors S., des Theilungs-Commissairs G. und noch eines Zeugen, die formellen Erfordernisse eines öffentlichen letzten Willens erfüllt seyen? — Sie ward vom Referenten dahin beantwortet: Wenn zwei Zeugen bei einem öffentlichen letzten Willen genügen sollten, so müßten, nach L. R. Satz 971. bei dessen Aufnahme zwei Staatsschreiber concurriren.

Die nähere Verrichtung derselben bestimme der L. R. Satz 972.

Diesen Erfordernissen scheine das angefochtene Testament nicht zu entsprechen. Indem das Gesetz ausdrücklich zwei

functionirende Staatsschreiber erfordere, könne es nicht genügen, daß der Staatsschreiberei-Gehülfe bloß mit seinem Principalen functionire.

Zwar könne man nicht verkennen, daß der erstere, indem er die vices seines Principalen vertrete, da er in dessen Namen und Auftrag ein Staatsschreiberei-Geschäft verrichte, eine Selbstständigkeit aus fremder Machtvollkommenheit erhalte, und in solcher Stellung, für das in Frage liegende Geschäft, als wirklicher Staatsschreiber angesehen werden müsse, weil er die Person seines Principalen repräsentire, und also fingirt werden müsse, daß dieser selbst mit fremder Feder beurkunde, auch daß er durch einen zweiten und dritten Gehülfen gleichzeitig Staatsschreiberei-Geschäfte in seinem Bezirke verrichten lassen könne.

Dagegen aber lasse es sich rechtlich nicht denken, daß er bei einem und demselben Geschäfte doppelt handeln könne, daß er als zweifacher Staatsschreiber auftreten dürfe, einmal in Person, und einmal repräsentirt durch einen Gehülfen.

Die Amtsgewalt sey bekanntlich, wie der Buchstabe des Gesetzes, ein todtes Wesen, beide müßten erst durch Menschenhände ins Leben gerufen werden. In ihr, welche der Amtsrevisor bei Staatsschreiberei-Verrichtungen in's Leben zu rufen oder rufen zu lassen, die Bestimmung habe, liege die Beweiskraft seiner Beurkundung.

Sie sey aber nur eine Einheit, sie könne also bei einem und demselben Geschäfte nicht doppelt wirken. Daher könne der Amtsrevisor und sein Gehülfe bei einem Geschäfte, zu welchem sie zum Behufe der Beurkundung concurrirten, nur als eine Person betrachtet werden, sie könnten nur die der Amtsgewalt des erstern anklebende Beweiskraft einfach in Anspruch nehmen. Solchergestalt scheine es klar, daß, wo das Gesetz zwei Staatsschreiber zur Beurkundung der Gewißheit eines letzten Willens fordere, demselben durch den

Amtsrevisor und seinen Gehülfen nicht genügt sey, weil der erstere gleichzeitig bei einem Act seine Amtsgewalt nicht übertragen und sie selbst üben, somit ein ihm nicht verliehenes doppeltes Beurkundungsrecht an sich ziehen könne.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergäbe sich auch aus dem Nachtrage zur Notariats-Ordnung zu §. 4., indem dort verfügt sey, daß ein wirklicher im Bezirke wohnender Staatsschreiber, wenn er auf Ersuchen des Bezirks-Staatsschreibers, zu einem Geschäfte mitwirke, nur in der Eigenschaft eines statt zweier Zeugen auftreten könne.

Sähe man nun auf die drei einzeln aufgeführten Nichtigkeitsgründe des Testaments, so könne zu 1) der letzte Wille des Andreas Steiert nicht zu Recht bestehen, weil er zwar angeblich durch zwei Staatsschreiber, in Gegenwart von zwei Zeugen errichtet seyn solle, dieses aber keineswegs der Fall sey. Sogar der Inhalt des Testamentes wäre dieser Behauptung entgegen, denn darin sey der Amtsrevisor S. ausdrücklich unter den Zeugen genannt, jedoch für zwei Zeugen geltend, und er habe sich als Zeuge unterschrieben, nicht als Staatsschreiber.

Da er aber mit dem Verfasser des Testamentes rücksichtlich der Beurkundung, nur eine Person vorstelle, so könne er zu 2) für seine eigene Person als S. nur im besten Falle als ein einfacher Zeuge angesehen werden; es fehle also dem Testamente an einem vierten Zeugen.

Daher könne zu 3) auf die Zeugenfähigkeit des Theilungs-Commissairs G. nicht mehr ankommen. Wäre dieses aber auch, wenn vielleicht der Gerichtshof den Amtsrevisor S. als zweiten functionirenden Staatsschreiber, neben seinem Theilungs-Commissair wollte gelten lassen, so müßte doch das Testament auf den Grund des L. R. Satzes 975. für nichtig angesehen werden, weil es keine zur Staatsschreiberei berechtigte Theilungs-Commissaire in dem Sinne, wie sie der oberappellantische Anwalt bezeichne, gäbe, sondern viel-

mehr alle Theilungs-Commissaire blos vom Staate geprüfte und recipirte, von den Amtsrevisoren aber angestellte Schreiber seyen, welche, da sie nach dem Gefallen ihrer Principalen angestellt und entlassen würden, und nur in ihrem Namen Geschäfte verrichten könnten, in einem Subjections-Verhältnisse zu den Amtsschreibern als Staatsschreiber ständen, welche ihre Zeugenfähigkeit bei Testamenten ausschlössen. — Da nun der Referent, nach dieser Ausführung, die Klage für wohl begründet ansah, so prüfte er noch die beiden derselben entgegenstehenden Einreden, nämlich die Erklärung des einen der Miterben, daß er gegen die Förmlichkeiten des Testaments nichts zu erinnern habe, und die weitere des Verzichts auf die Klage und Anfechtung des letzten Willens bei einem früher statt gefundenen Processe.

Nachdem der Referent diese beiden Einreden für unerheblich erklärt hatte, welche Ausführung nicht in diesen Aufsatz gehört, so trug er auf ein reformatorisches Erkenntniß an, welches weiter unten folgen wird.

Bei der Deliberation im Senate waren die Ansichten über die gesetzliche Stellung der Theilungs-Commissaire zu den Amtsrevisoren sehr verschieden.

Es ward erinnert: nach Art. XI. §. 2. des ersten Einführungsedictes zum neuen Landrecht, hätten die Theilungs-Commissaire Staatsschreiberei-Rechte. Die Notariatsordnung und das zweite Einführungs-Edict derogirten dieser frühern gesetzlichen Bestimmung nicht. Denn, wenn erstere verordne, daß Theilungs-Commissaire zu Staatsschreibern ernannt werden könnten, so sey dieses nur so zu verstehen, daß sie, wenn sie ihr Commissariat aufgeben wollten, als Staatsschreiber ernannt werden könnten. Letzteres, das zweite Einführungs-Edict nämlich, sage nicht, daß die Theilungs-

Commissaire nicht schon an sich Staatsschreibereirecht hätten, sondern nur, daß sie zur Ausübung desselben von den Amtsrevisoren veranlaßt werden müßten. Man könne dieselben hierin den episcopis in partibus infidelium vergleichen, welche auch alle bischöflichen Rechte hätten, und nur einer Gelegenheit zu ihrer Ausübung bedürften. — Wenn sonach der das Testament aufnehmende Theilungs-Commissair der eine, und der Amtsrevisor, der bei dessen Errichtung gleichfalls zugezogen worden sey, der andere Staatsschreiber wäre, und ausser diesen noch 2 Zeugen, (1 Zeuge) gegenwärtig gewesen seyen, so wären die im k. R. Satz 971. vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet. Nach diesem Gesetze gelte nämlich ein Staatsschreiber für zwei Testamentszeugen.

Ein anderes Votum war gleichfalls der Meinung, daß Theilungs-Commissaire durch ihre Aufnahme als Scribenten die Fähigkeit zu Staatsschreiberei-Geschäften erlangten, und nur zur Ausübung dieses Rechts einer Anstellung bei einem Amtsrevisor bedürften. Dann aber handelten sie bei jedem von ihnen vorzunehmenden Geschäfte der Art als selbstständige Staatsschreiber, ohne durch Instructionen des Amtsrevisors, sondern lediglich nur durch die Vorschriften der Gesetze bestimmt zu werden, und wenn der Amtsrevisor sie anweisen wollte, das Geschäft anders zu verrichten, als es nach den im Gesetze enthaltenen Vorschriften, ihrer Meinung nach, verrichtet werden müßte, so seyen sie an seine Anweisung nicht gebunden, sondern könnten und müßten frei ihrer eigenen Rechtsüberzeugung folgen. — Wäre daher Amtsrevisor S. bei der Aufnahme des fraglichen letzten Willens als zweiter Staatsschreiber, und nicht blos als Zeuge zugezogen worden, so würde Votant dieses als gültig ansehen und für Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils stimmen. Da dieses aber nicht der Fall gewesen sey, so trete er dem Antrage auf ein abänderndes Erkenntniß bei.

Ein ferneres Votum hielt dafür, daß es bei der Beurtheilung der gegenwärtigen Streitfrage gar nicht auf das erste, sondern lediglich auf das zweite Einführungs-Edict ankomme, weil zur Zeit des erstern noch keine Amtsrevisoren bestanden hätten. Das zweite Edict aber sage ausdrücklich, daß die Amtsrevisoren als Staatsschreiber erklärt seyen, und die Theilungs-Commissaire nur in ihrem Namen und aus ihrem Auftrage Staatsschreiberei-Geschäfte besorgen könnten. Wenn nun bei dieser klaren Bestimmung des spätern Gesetzes der fragliche letzte Wille, als von dem Amtsrevisor S. aufgenommen, angesehen werden müsse, so habe derselbe als zweiter Staatsschreiber zu dessen Errichtung nicht beigezogen werden können; daher seyen die beiden vorinstanzlichen Urtheile abzuändern.

Gegen die Ansicht, daß Theilungs-Commissaire als selbstständige Staatsschreiber zu betrachten seyen, ward bei der Discussion vom Referenten noch erinnert: es sey den Amtsrevisoren die Befugniß, formelle Mängel, welche sich bei Revision der von ihren Theilungs-Commissairen vorgenommenen Staatsschreiberei-Geschäfte entdeckten, zu verbessern, — noch niemals bestritten worden; sie sey sogar nach der Organisation von 1809. Lit. C. II. §. 39. in vielen dort bezeichneten Geschäften eine gesetzliche Pflicht. Auch lehre die Erfahrung, daß solche Abänderungen durch die Amtsrevisoren gar nichts Seltenes seyen.

Da alle Stimmen des Pleni dem vom Referenten vorgeschlagenen reformatorischen Erkenntnisse beitraten, so erging folgendes oberhofgerichtliche Urtheil:

„Daß die unter dem 16. Sept. 1827. errichtete letzte „Willenserklärung des Andreas Steiert für nichtig zu „erklären sey, und daher, unter Verurtheilung der Beklag„ten in sämmtliche Kosten aller drei Instanzen, die gesetz„liche Erbfolge und Erbvertheilung über dessen Nachlaß, so„weit solcher die Klägerin betrifft, einzutreten habe.“

Bemerkung. Es leuchtet ein, daß der in diesem Processe mehrmals allegirte Fall „Franziska Schleicher gegen Staabsamtmann Handtmann" „Oberhofgerichtliche Jahrbücher 6ter Band S. 8. folgende," nicht wohl hierher paßt, weil dort der Theilungs-Commissair allein functionirte, und der Principal dem Geschäfte gar nicht beiwohnte, wo also die Unitas personæ in der vorwürfigen Beziehung gar nicht zur Sprache und Entscheidung kommen konnte. — Uebrigens finden sich in den Annalen der Großh. Badischen Gerichte von 1833. Nr. 23. und in dem Archive für Gesetzgebung ꝛc. 1r Bd. 3s Hft. S. 450. Nr. XXXVII. verschiedene Aufsätze, welche die Verhältnisse der Amtsrevisoren zu den Theilungs-Commissairen näher aus einander setzen.

Defraudationsfall. In wie weit ist es als Defraudation zu betrachten, wenn Weine in einem Privatkeller, der in der Nähe des Wirthschaftskellers sich befindet, unveraccist eingelegt werden?

(Denuntiations-Sache gegen den pensionirten Zollinspector R.)

Der Gardist S. machte die Anzeige, daß Inspector R. eine Quantität neuen Weines in das Wirthschaftsgebäude seines Tochtermanns D. eingelegt habe, ohne davon Accis und Ohmgeld zu bezahlen; gleich darauf ward noch denuncirt, daß R. 3 Ohm Obstwein in dasselbe Gebäude unveraccist niedergelegt habe. — Der Denuntiat behauptete, den Wein in einem Gebäude niedergelegt zu haben, welches von seinem

Wirthschaftsgebäude durch die Straße getrennt sey. — Dieses gab der Denunciant zu, behauptete aber, das Gebäude sey zu nahe an dem Wirthschaftsgebäude, so daß den Unterschleifen nicht vorgebeugt werden könne.

Nach zugelegten Verhandlungen erkannte der Richter erster Instanz den Denuntiaten für schuldfrei, weil es ganz deutlich verordnet sey, daß nur die Einkellerung fremder Weine in Wirthschaftskeller, und in solche, welche zu nahe damit verbunden seyen, als verboten betrachtet werde. Der fragliche Keller sey aber kein Wirthschaftskeller, liege nicht in dem Bereiche des Wirthschaftsgebäudes, sondern über der Ortsstraße, und es könne daher von einer Ohmgelds- und Accis-Pflicht des Denuntiaten nicht die Rede seyn.

Die Kreisregierung aber erkannte in zweiter Instanz den Zollinspector der Defraudation für schuldig, aus folgenden Gründen: Es schreibe die Verordnung der Großh. Steuerdirection vom 7. December 1827. verbunden mit der Verordnung vom 9. October 1827. unter Bezug auf die Verordnung des Großh. Finanz-Ministeriums vom 6. October 1820. erläuternd vor, daß, da man wahrgenommen, daß durch Einlegung von Weinen in Privatkeller, welche mit Wirthschaftskellern zu nahe verbunden seyen, häufig Unterschleife geschähen, zur Verhütung derselben künftighin eine Einlagerung mit Ohmgeldsbefreiung in solchen Kellern nur dann statt finde, wenn hierzu ausdrückliche Ermächtigung von Seiten der Steuer-Direction gegeben worden sey. Diese Verordnung wäre dem Denuntiaten wohl bekannt gewesen, und indem er dagegen gehandelt, sey er als Defraudant zu betrachten.

In der dritten Instanz hob aber das Oberhofgericht das Urtheil der Kreisregierung auf, und stellte den Amtsbescheid, unter Verfällung der Zollkasse in die Kosten, wieder her, aus folgenden Gründen:

1) Die Verordnung der Steuer-Direction vom 7. December 1827., auf welche sich die Kreisregierung, in Verbindung mit jener vom 9. Oct. desselben Jahres, unter Beziehung auf die Finanz-Ministerial-Verordnung vom 6. Oct. 1820. gestützt habe, könne auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden. Denn

a) sey zugegeben worden, daß der Wein nicht in einen Wirthschaftskeller, sondern in ein durch die Straße davon getrenntes Haus eingelegt sey.

b) Abgesehen davon, daß die Bestimmung der Verordnung, wie der Keller, in welchen der Wein accisfrei eingethan werden dürfe, dem Wirthschaftsgebäude nicht zu nahe stehen dürfe, schon an und für sich etwas höchst schwankendes und willkührliches enthalte, so würde man doch von einem Keller, der durch die Ortsstraße getrennt sey, nicht wohl sagen können, daß er dem Wirthschaftsgebäude zu nahe stehe, indem die Verordnung keinen andern Zweck und Sinn habe, als daß wegen der Nähe keine Unterschleife, denen nicht leicht vorzubeugen sey, geschehen könnten. Bei einer Localität wie im gegenwärtigen Falle, sey aber eine heimliche unbemerkte Verbringung der Weine in den Wirthschaftskeller nicht leicht möglich.

c) Der von der Obereinnehmerei aus der Nähe des Kellers, in welchen der Wein gelegt worden, mit dem Wirthschaftskeller des Denuntiaten hergeleitete Grund, würde zu weit führen, denn auf diese Weise könnte es auch der Steuerdirection einfallen, den nächsten Nachbarn bei Wirthschaftsgebäuden, die Accis- und Ohmgeldfreie Einkellerung ihrer Weine in ihre Privatkeller zu untersagen.

Wollte man aber auch annehmen, daß der gegenwärtige Fall sich unter die Verordnung der Steuerdirection vom 7. December 1827. subsumiren lasse, so wäre doch

2) Auf den Grund dieser Verordnung, so wie der damit in Verbindung stehenden vom 9. October desselben Jah-

res, so wenig als auf die Finanz-Ministerial-Verordnung vom 6. October 1820., welche für bloße Erläuterung der erstern ausgegeben würde — der Denuntiat zu verurtheilen; indem keine dieser Verordnungen durch das Regierungsblatt den Unterthanen bekannt gemacht worden sey. An diesen Grundsatz habe sich bisher das Collegium festgehalten.

Noch ward bemerkt, daß die Verordnung vom 9. Oct. 1827. so wie die folgende vom 7. December des nämlichen Jahres, für den vorliegenden Fall nicht anwendbar seyen, da sie auf die Einlegung in die auf die bemerkte Weise die Defraudation erleichternde Keller, nicht einmal die Defraudationsstrafe bestimme, sondern nur dem Aufsichtspersonale die besondere Beobachtung derselben anbefohlen habe.

III.

Gegenstände des peinlichen Rechts.

Digitized by Google

Muthwillige Tödtung, schwere Verwundung und Beraubung, verübt an zwei Personen durch einen 17 jährigen Purschen.

(Untersuchungs-Sache gegen Joh. H.)

Johann H. ward beschuldigt, und gestand auch ein, am Abend des 9. Dec. 1832. den Nicolaus W. und seine Tochter, welche vom Wirthshause nach ihrer eine Stunde davon gelegenen Wohnung gingen, mit einem dicken Prügel auf den Kopf geschlagen zu haben. — Der Thäter sagte aus, daß beide Leute auf den ersten Streich, den er ihnen an die rechte Seite des Kopfes gegeben habe, zu Boden gestürzt seyen. Damit sie sich nicht wieder aufrichten und fortspringen könnten, wie sie es versucht, habe er ihnen noch einige Streiche auf den Kopf versetzt.

Nachdem W. und seine Tochter auf dem Boden lagen, und nach des Inculpaten Angabe nur noch schnauften, nahm er ihnen das Geld und alle Effecten, die sie in ihren Säcken bei sich trugen.

Die Tochter W. starb an den Folgen der durch diese Mißhandlung ihr zugefügten Schädelknochen-Brüche, und dadurch entstandenen Blut-Ergießungen auf das Gehirn; der Vater aber ward ohne zurückbleibenden Schaden geheilt.

Die Gerichtsärzte erklärten die der Christina W. zugefügten Verletzungen für absolut tödtlich.

Als Ursache dieser Mißhandlung gab der Verbrecher an, daß Christine W., mit welcher er im Sommer 1831. einmal auf einer Hochzeit habe tanzen wollen, ihm den Tanz mit der Erklärung verweigert habe, daß er ihr zu schlecht sey! Als er dieselbe erblickt habe, sey ihm wieder ein Zorn angekommen, und er hätte gedacht, daß er ihr eins geben wolle. Den Vater, der ihm nie etwas zu leid gethan, habe er nur geschlagen, damit er ihn nicht verrathen könne.

Diese ganze Angabe blieb indessen nicht nur unerwiesen, sondern stellte sich auch als höchst unglaublich dar; theils deßhalb, weil diese Person schon 40 Jahre alt, zu öffentlichen Tänzen gar nicht, und zu Hochzeitstänzen nur sehr selten ging, insbesondere aber, weil erwiesen wurde, daß sie auf der Hochzeit, wo sich jener Vorfall ereignet haben sollte, gar nicht war; theils aber, weil nicht angenommen werden konnte, daß nach länger als anderthalb Jahren der Anblick der Christine W. auf den Inculpaten bis zu einem so hohen Grade von Mißhandlung habe einwirken können.

Da nun auch kein sonstiger Grund denkbar war, der den H. zu dem Verbrechen hätte verleiten können, als die Beraubung des W. und seiner Tochter, welche auch wirklich in das Werk gesetzt war, so nahm das Gericht keinen Anstand, den Inculpaten eines an diesen Personen begangenen Raubes für schuldig zu erklären.

Es entstand aber die weitere Frage: ob sich derselbe einer bloßen Tödtung der Tochter W., oder eines Raubmordes schuldig gemacht habe? — Die Mehrheit des Collegii entschied sich für die erstere Ansicht, obgleich für das Daseyn eines Raubmordes sehr große Wahrscheinlichkeit in den Acten lag. Dahin war zu rechnen 1) der dicke Prügel, welchen der Thäter aus einem Zaune riß, und der ihm beim Gehen mehr hinderlich seyn mußte, als daß er ihm zur Stütze hätte dienen können. 2) Daß sich unter einem neben dem Wege stehenden Baum, dessen Aeste tief herabhin-

gen, männliche Fußtritte vom Wege bis an den Baum und wieder zurück fanden, woraus man schließen konnte, daß der Thäter sich unter diesem Baum versteckt gehabt, bis W. und seine Tochter an ihm vorüber gegangen waren, worauf er ihnen nachschlich, und sie mißhandelte. 3) Das wiederholte öftere Schlagen mit dem Prügel, nachdem die Mißhandelten schon auf den ersten Schlag zu Boden gestürzt waren.

Es nahm jedoch die Majorität eine bloße Tödtung aus folgenden Gründen an: 1) weil nicht erwiesen sey, daß H. sich an jenem Abend auf den Weg begeben habe, um Jemanden zu mißhandeln und zu berauben. 2) Weil nicht erwiesen sey, daß er in dieser Absicht den Prügel aus dem Zaune gerissen habe, sondern es immer möglich bleibe, daß er solches in der Absicht gethan, um sich auf dem mit Eis bedeckten Wege auf diesen Stock zu stützen. 3) Weil auch nicht als erwiesen angenommen werden könne, daß H. die Absicht gehabt habe, den W. und seine Tochter zu tödten, sondern aus dem Gebrauche des dicken Prügels nur auf die Möglichkeit einer Voraussicht, daß daraus leicht der Tod erfolgen könne, geschlossen werden dürfe.

Da übrigens der Inculpat zur Zeit der verübten That noch keine 18 Jahre alt war, so trug der oberhofgerichtliche Referent darauf an, Sr. Königl. Hoheit anheim zu geben, die Todesstrafe in eine lebenslängliche Zuchthausstrafe zu verwandeln; die Majorität des Collegii ging aber auf diesen Antrag nicht ein.

Es hatte nämlich der Referent bemerkt: der §. 80. des Straf-Edictes spreche sich darüber nicht bestimmt aus, in wie weit überhaupt die Jugend des Verbrechers als gesetzlicher Milderungsgrund gelten solle. Denn er sage nur, daß gegen Verbrecher, welche noch nicht das 14. Jahr zurückgelegt hätten, keine peinliche Strafe erkannt werden solle. Wenn aber darin gesagt werde: wenn Diebe das vierzehnte

Jahr zurückgelegt hätten, so sey keine Milderung im Rechte mehr statthaft, weil gegen sie die Todesstrafe nicht mehr statt finde, sondern sie seyen, wenn sie noch nicht 18 Jahre alt wären, der Landesherrlichen Gnade zu empfehlen, — so könnte man daraus den Schluß ziehen, daß bei Verbrechen, welche die Todesstrafe nach sich ziehen, die Jugend bis nach zurückgelegtem 18. Jahre auch noch als ein rechtlicher Milderungsgrund betrachtet werden müsse. Dieser Auslegung würde man aber entgegen halten können, daß, wenn der Gesetzgeber eine solche Absicht gehabt hätte, er sich eben so bestimmt darüber ausgesprochen haben würde, als solches bei der Bestrafung junger, noch nicht 14 Jahre alter Diebe geschehen ist.

Es möchte wohl — erachtete der Referent — bei der Bestimmung der Strafe meistentheils auf die individuellen Verhältnisse des Verbrechers, auf die mindere oder größere Bösartigkeit des Verbrechens im Allgemeinen, und den Ort der verübten That ankommen.

Es ward aber nachgewiesen, daß Inculpat ein ausgemachter Böſewicht sey, bei dem sich kein rechtlicher Grund finde, um von der ordentlichen Strafe herunter zu gehen.

Doch hielt der Referent die Jugend des Verbrechers für eine Veranlassung, um auf eine Verwandlung der Todes- in eine lebenslängliche Zuchthausstrafe bei dem höchsten Regenten anzutragen, denn so tiefe Wurzeln auch das Laster schon in seiner Seele gefaßt habe, so bleibe doch bei einem so jungen Menschen noch immer eine Hoffnung übrig, daß es den Bemühungen der Vorsteher der Strafanstalt, der dort angestellten Religionslehrer und der zur Besserung der Sträflinge gebildeten Vereine gelingen werde, den Inquisiten seiner Zeit zu einem unschädlichen Mitgliede der menschlichen Gesellschaft zu machen. — Unter Berücksichtigung des VIII. Org. Edictes Art. 27. Abschnitt „Altersreife“ stimmte die Mehrheit dem Referenten dahin bei, daß gegen den

Inquisiten das „schuldig" der muthwilligen Tödtung der Christine W., der schweren Verwundung des Nicolaus W. und der darauf erfolgten Beraubung dieser Beiden, auszusprechen sey, wiewohl mehrere andere Stimmführer das Verbrechen, seiner Gattung nach, für einen wirklich begangenen Raubmord ansehen wollten.

Von einem Antrage auf Begnadigung abstrahirte die große Mehrheit der Votanten, und so ward das oberhofgerichtliche, auf die Todesstrafe lautende Urtheil Sr. Königl. Hoheit vorgelegt. — Höchstdieselben geruheten zwar, dasselbe zur Verkündung zu bestätigen, die erkannte Todesstrafe jedoch, aus Rücksicht auf die Minderjährigkeit des Inquisiten, in lebenslängliche schwere Zuchthausstrafe zu verwandeln.

Waarenfälschung, nach §. 50. des Straf-Edictes.

(Untersuchungs-Sache gegen L. wegen Mehlverfälschung.)

Der Bürgermeister zu N. machte dem Physicat zu P. die Anzeige, daß Elias L. an mehrere Einwohner zu N. Mehl verkauft habe, welches sie nicht genießen könnten, und unter welches Eicheln gemahlen seyn sollten. — Der Angeschuldigte ward arretirt, und die chemische Untersuchung des Mehles durch das Physicat angeordnet. Das Resultat dieses Gutachtens war a) daß dieses Mehl sich beinahe wie gewöhnliches Schwarzmehl aus Korn und Gerste anfühle, aber specifisch schwerer sey. b) Sowohl mit kaltem als warmem Wasser behandelt, gebe es einen specifischen starken Geruch von sich, wie graue Bohnen, und errege einen ähnlichen Geschmack auf der Zunge, welche davon rauh werde. —

Als etwas von diesem Mehl mit kaltem Wasser eingerührt wurde, setzte sich schnell ein gröberer, grasbräunlicher Bestandtheil, welcher den Bohnengeruch in stärkerem Grade hatte, als der übrige Theil des Mehls. Das Physicat erkannte in diesem Satze die Kleie von Linsen und Saubohnen. — Eine Beimischung mineralischer Stoffe, als Gips, Kalk, Sand ꝛc. ließ sich nicht entdecken.

Das Physicat begutachtete, daß das von L. verkaufte Mehl zwar keinen mineralischen Stoff, wodurch dessen Genuß nachtheilige Wirkungen auf den menschlichen Organismus hervorbringen könnte, enthalte, dagegen bestehe es wahrscheinlich zum größten Theile aus Linsen und Saubohnen, von der schlechtesten Qualität.

Da diese Hülsenfrüchte — sagte das Physicat — zu den schlechtesten, schwer verdaulichsten Nahrungsstoffen gehören, so muß dieses Mehl immerhin für höchst ungesund, und wegen seines offenbaren Gehaltes an sehr widerlich riechendem und schmeckendem Stoff, für ungenießbar erklärt werden.

Nach einer später vom Physicate angestellten Probe, sollte diese Frucht ein Gemisch von Linsen, Wicken kleinerer Art, von Gerste, etwas Spelz-Kernen, Korn und Hafer enthalten. Die Linsen wären der vorherrschende Theil, und von ihnen sollte der widerliche Geruch herrühren. Der Hafer, von der schlechtesten Qualität und mit Schwindelhafer verunreinigt, sollte, nach der Meinung des Physicus, dem Mehl den kratzenden Geschmack geben.

Der Medicinalreferent hielt es für schwer, auszumitteln, ob der Frucht, aus welcher das Mehl gemacht worden, auch Saubohnen beigemischt wären. — Die Linsen, zu Brod verbacken, und ihres wässerigen Auflösungsmittels beraubt, sagten der Verdauung nicht zu. Solches Brod sey im frischen Zustande, der darin enthaltenen Wassertheile wegen, schwerer, als gewöhnliche Brodarten, habe einen unangenehmen Nebengeschmack; es sey im trockenen Zustande

spröde, unschmackhaft, und beläſtige die Verdauung. — Der Genuß von dergleichen Brod bewirke zwar keine Lebensgefahr, weil die Natur ſich deſſelben bald durch Erbrechen oder Durchfall entledige, allein bei Individuen von ſchwacher Körperbeſchaffenheit, könne der längere Genuß eine Störung der Geſundheit auf mehrere Tage herbeiführen, welche die Einwirkung des Arztes erfordere.

Eine weitere, durch Bäckermeiſter und Müller angeſtellte Expertiſe ergab, daß unter dem Mehl kein Beſtandtheil aus dem Mineralreiche zu erkennen war; die Experten begutachteten, daß Linſen den größten Theil des Mehles ausmachten, daß aber auch Wicken, Gerſte und dergleichen darunter ſey. Das Linſenmehl ſey 30 Pfund ſchwerer, als gewöhnliches Gerſtenmehl, der Verkäufer habe an dem Malter von dieſem Mehl 1 fl. 25 kr. ungebührlichen Profit gemacht.

Der Inculpat gab an: er habe 8 Malter Gerſte liegen gehabt, und da er ſie ohne bedeutenden Verluſt nicht hätte verkaufen können, ſo habe er ſie mit weiter erkauften 3 Maltern Gerſte mahlen laſſen.

Die Gerſte ſey rein, nur etwas ſpitz und hin und wieder ein Korn Haſer dabei geweſen, auch Linſen, indeſſen mehr Gerſte als Linſen. So werde die Frucht in E. und anderen Orten gebaut, gemengt und gemahlen, ohne daß man deßhalb von einer Krankheit höre. Er habe dieſes Product unter dem Namen Schwarzmehl verkauft, welches nirgends verboten ſey.

Er läugnete, daß dem Mehl irgend etwas Anderes beigemiſcht geweſen; überall verkaufe man dieſes gemiſchte Mehl.

Er meinte, daß die Frucht zu gleichen Theilen aus Linſen und Gerſte beſtanden haben möge, und auf den Vorhalt, daß mehr Linſen als Gerſte darunter geweſen, erwiederte er, daß er ſie nicht an dem nämlichen Orte gekauft habe, und daß vielleicht in dem einen Sacke mehr Linſen geweſen ſeyn möchten, als in dem andern. — Um den Grund be-

fragt, warum er diese Mischung vorgenommen? gab er an: zur Zeit des Mehlverkaufes wäre die Gerste im Preiße heruntergegangen, er würde also daran verloren haben, die Linsen wären gleichfalls heruntergegangen gewesen, und da diese schwerer wögen, so wäre natürlich der Gewinn größer, als wenn man bloßes Gerstenmehl verkaufe.

Nachdem noch mehrere Käufer jenes Mehls abgehört waren, erkannte das Hofgericht:

„Daß Elias L. der Mehlverfälschung für schuldig zu er„klären, und deßhalb zu sechsmonatlicher gemeiner, in „Bruchsal zu erstehender Zuchthausstrafe, und zum Ersatz des „den Damnificaten zugefügten Schadens, so wie in die Un„tersuchungskosten zu verurtheilen sey."

Auf ergriffenen Recurs an das Oberhofgericht änderte dieses das hofgerichtliche Strafurtheil dahin ab:

„Daß kein Grund zur Fällung eines obergerichtlichen „Erkenntnisses vorhanden, und die Aburtheilung dieser Sache „dem Amte, als dorthin geeignet, zu überlassen sey.

Wenn daher das Oberhofgericht die That des Inculpaten nicht für ein peinlich zu bestrafendes Verbrechen, sondern nur für ein Polizeivergehen ansah, so erinnerte dagegen ein Votum: daß der objective Thatbestand einer Waarenverfälschung, nach den gesetzlichen Erfordernissen, auch dann als vorhanden anzunehmen sey, wenn der Waare ein in geringerer Quantität unschädlicher Stoff, in größerer Quantität, in welcher er dann schädlich sey, beigemischt werde, also wenn im vorliegenden Falle ein allzugroßes Maaß Linsen der Gerste beigemischt worden wäre; welchen Fall jedoch der Votant in vorliegender Sache nicht annahm. — Diese Rücksicht hatte indessen vornehmlich die hofgerichtliche Entscheidung motivirt, wie weiter unten vorkommen wird.

Der oberhofgerichtlichen Entscheidung wurden folgende Betrachtungen zum Grunde gelegt:

Nach den Worten des §. 50. Straf-Edicts, würde zum

Thatbestande der Waarenverfälschung, als peinliches Verbrechen betrachtet, erfordert, A) in objectiver Hinsicht, daß der Waare ein für die Gesundheit des Menschen schädlicher Stoff beigemischt werde. B) In subjectiver Beziehung, daß der Verfälscher diese Beimischung aus Gewinnsucht oder in der Absicht unternommen habe, die Käufer der Waare über deren Beschaffenheit zu täuschen, und sie zu veranlassen, dieselbe für ächte, gute Waare zu kaufen.

Ob dagegen der Urheber die schädlichen Wirkungen des beigemischten Stoffes gewußt, oder ob er sie wenigstens habe wissen können und sollen, oder endlich, ob nach den vorliegenden Umständen anzunehmen sey, daß der Urheber gute Gründe zu der Voraussetzung gehabt habe, der beigemischte Stoff werde keine schädliche Wirkung äussern, — alle diese Verhältnisse hätten mit dem Thatbestande des Verbrechens nichts gemein, sondern dienten blos als Maaßstab für die Strafengröße.

Man könnte zwar versucht werden, die Worte des Gesetzes:

„wo der Verfälscher gewußt hat, daß solcher Nachtheil „im Gebrauchsfall daraus entstehe, oder es doch hätte „wissen können und sollen, soll — die Verfälschung den „indirect vorsätzlichen, andernfalls aber den schuldhaften „Verwundungen oder Todtschlägen gleich bestraft werden“ so zu deuten, daß, sobald der Verfälscher die schädliche Wirkung gekannt hat, die Verfälschung den indirect vorsätzlichen, wenn er sie aber hätte wissen können und sollen, den schuldhaften Verwundungen oder Todtschlägen gleich geachtet werden solle. Wo hingegen in dem Falle, wie unter den gegebenen Umständen, der Verfälscher gute Gründe hatte, zu glauben, der beigemischte Stoff werde keine schädliche Wirkungen hervorbringen, gar kein peinliches Verbrechen vorliege, sondern der Fall, nach lit. c. des Gesetzes, als bloßes Polizeivergehen zu behandeln sey.

Es sey inzwischen dieses nicht die richtige Auslegung jener Gesetzesstelle. Denn der erste Theil derselben, bis zu den Worten: „den indirect vorsätzlichen" beziehe sich, wie schon die Wortstellung ergäbe, nicht bloß auf das Wissen, sondern auch zugleich auf das Wissen können und sollen. Es würden hier, wie dieses der Regel nach in der vaterländischen Gesetzgebung geschähe, der dolus directus und indirectus (culpa dolo determinata) in ihren strafrechtlichen Folgen einander völlig gleich gestellt. — (Vergleiche die Erläuterungen zum Straf-Edicte Nr. 89. lit. c. u. f.) — Die weitern Worte des Gesetzes hingegen: „jedenfalls aber „die schuldhaften Verwundungen" bezögen sich gerade auf den dritten Fall, wo nämlich der Verfälscher die schädlichen Wirkungen des beigemischten Stoffes, nach dem Grade seiner Kenntniß und Bildung, nicht wohl wissen konnte, und wo ihm also keine grobe Verschuldung, oder wie sich die allegirten Erläuterungen des Straf-Edictes ausdrückten, kein unmittelbarer Vorsatz zur Last gelegt werden könnte.

In diesem dritten Falle, würde die Handlungsweise des Verfälschers unter dem rechtlichen Gesichtspunkte einer sträflichen Verschuldung, wo nämlich die strafbare That aus einer andern unerlaubten Handlung durch deren unvorsichtige Begehung entstünde, zu stehen kommen. Denn einige Unvorsichtigkeit, wenn auch nicht grobe Verschuldung, bleibe es doch immer, wenn Jemand eine solche der Gesundheit nachtheilige Waarenverfälschung vornähme, ohne sich zuvor über die Wirkungen, welche der beizumischende Stoff hervorbringen könnte, die gehörige Kenntniß und Belehrung verschafft zu haben.

Es dürfte hiernach der Satz fest stehen, daß bei jeder Waarenverfälschung, welche mit der Gesundheit schädlichen Stoffen geschehe, das Wissen, oder Wissen können und sollen in ihren strafrechtlichen Folgen einander völlig gleich ständen, und nur in dem Falle, wo der Verfälscher die

schädlichen Wirkungen unter den gegebenen Umständen nicht wohl vorhersehen könne, eine Strafmilderung einträte.

Im Uebergange zu dem speciellen Falle, ward vom oberhofgerichtlichen Referenten, zum Erfordernisse in objectiver Hinsicht A. daß der Waare ein für die Gesundheit nachtheiliger Stoff beigemischt worden sey — bemerkt: der Müller, welcher das Mehl gefertigt, das Physicat und die Experten stimmten darin überein, daß der größere Theil der verkauften acht Malter aus Linsen bestanden habe. Der Hauptbestandtheil des kleinern Theiles müsse Gerste gewesen seyn. Das darunter befindliche Unkraut wäre, besonders in nassen Jahren, wie Anno 1831., keine seltene Erscheinung, und es sey nicht der entfernteste Grund zur Unterstellung vorhanden, daß es absichtlich beigemischt worden.

Daß Gerste in Mehl verwandelt und zu Brod verbacken ein unschädliches Nahrungsmittel sey, wäre eine bekannte Sache. Eben so verhalte es sich mit den Linsen an sich; es könnte sich demnach nur fragen: ob Linsen, wenn sie mit anderer Frucht vermahlen und verbacken würden, ihre unschädliche Eigenschaft verlören, und als schädlicher Stoff für die Gesundheit der Menschen erschienen?

Wenn das Physicat sich für die Affirmative zu neigen scheine, so habe es sich auf die Hypothese gestützt, daß das Mehl theilweise auch aus Saubohnen bestanden habe, woran es aber an allem Beweise fehle; ferner, daß der größte Theil des Mehls aus Hülsenfrüchten bereitet worden, welches jedoch auch nicht als erwiesen angenommen werden könne.

Wenn verschiedene Einwohner zu R. von dem Genusse des Mehls üble Folgen verspürt haben wollten, so sey dieses bei mehreren andern Personen, die davon ohne Beimischung von besserem Mehl genossen hätten, nicht der Fall gewesen. Daher könne die Verfahrungsart bei der Zubereitung des Taigs und dem Backen hauptsächlichen

Antheil an diesen verschiedenartigen Wirkungen haben; wie denn der Müller B. ausgesagt hätte, daß das von Linsen und Gerste gemachte Mehl von manchen Personen nicht vertragen werden könne, besonders wenn zum Backen sehr viel Wasser genommen werde.

Aus dem Gutachten des hofgerichtlichen Medicinal-Referenten folge nichts weiter, als daß solches Brod die Verdauungskraft mehr in Anspruch nehme, und ein für die Gesundheit weniger zuträgliches Nahrungsmittel sey, als Brod von Roggen- oder Spelzmehl. — Wollte man aber dieses Gutachten in dem Sinne nehmen, daß Linsenmehl in seiner Beimischung mit Gerstenmehl einen absolut schädlichen Stoff abgäbe, so spreche dagegen die in gegenwärtiger Untersuchung hinlänglich ausgemittelte Thatsache, daß in vielen Gegenden des Landes dergleichen Brod ein ganz gewöhnliches Nahrungsmittel der ärmern Volksklasse sey.

Ueberhaupt scheine der §. 50. lit. a. und b. des Straf-Edicts nur den Fall der Beimischung eines nicht als Nahrungsmittel dienenden schädlichen Stoffes, wie z. B. Gips unter das Mehl, die Verfälschung der Weine mit Bleizucker, des Biers mit Tollkörnern u. s. w. im Auge gehabt zu haben. Schwerlich dürfte es dagegen in der Absicht der Gesetzgebung gelegen haben, die Beimischung eines ganz gewöhnlichen, obgleich der Gesundheit weniger zuträglichen Nahrungsstoffes, für ein peinliches Verbrechen zu erklären. Das Gesetz erfordere vielmehr, seinen Worten nach, einen Stoff, welcher schon seiner Natur nach für die Gesundheit des Menschen nachtheilig werden könne, also gewiß einen Stoff, welcher nicht als Nahrungsmittel tauge.

Die Beimischung des Linsenmehls könne daher nicht als ein peinliches Verbrechen betrachtet werden, und es fehle an dem objectiven Thatbestand der Waarenverfälschung im peinlichen Sinne.

Zu B. behauptete der oberhofgerichtl. Referent, daß auch

das Verbrechen der Waarenverfälschung in subjectiver Hinsicht nicht hergestellt sey. — Wenn dazu erfordert werde, daß die Mischung aus Gewinnsucht und in der Absicht unternommen worden, den Käufer über die Beschaffenheit der Waare zu täuschen, so wäre es vorerst klar zu machen, ob der Inculpat wirklich die Frucht gemischt, oder die acht Malter Gersten- und Linsenfrucht schon gemischt gekauft habe? Das Letztere habe er ziemlich wahrscheinlich gemacht, indem nachgewiesen sey, daß er von zwei Personen sogenannte Linsengerste gekauft habe, und daß in der Heimathgegend des Inculpaten diese gemischte Frucht üblich sey. Ferner wolle man diese Verfälschung darin auffinden, daß L. unter diese Frucht noch drei Malter lautere Gerste gemischt habe. Allein aus mehreren näher entwickelten Gründen, dürfte der wahre und eigenthümliche Zweck der Beimischung dieser drei Malter Gerste wohl nur der gewesen seyn, die schlechte Linsengerste in bessere umzuwandeln, weil, wenn Inculpat die acht Malter Frucht allein hätte mahlen lassen, er vielleicht dazu, bei dem großen Mißverhältniß zwischen Linsen und Gerste, keine Käufer bekommen haben würde, womit auch die eigene Erklärung des Inculpaten übereinstimme.

Ob aber derselbe die Mischung vorgenommen habe, um die Käufer zu täuschen, und seine Waare in besserer Qualität anzubringen, darüber lägen Zeugnisse für und wider vor, so daß es nicht leicht zu begreifen sey, warum der Verkäufer die Bestandtheile der Frucht verschieden sollte angegeben haben, da er doch den gleichen Preiß von allen Käufern erhoben hätte.

Allein, selbst diese falschen Vorspiegelungen angenommen, so würde sich daraus der Thatbestand einer Waarenverfälschung als peinliches Verbrechen noch nicht ergeben. Denn da es nirgends verboten sey, verschiedene Fruchtgattungen zusammen zu mischen, und aus dem daraus gewon-

nenen Mehl Brod zu backen, — welches täglich geschehe — so könne diese Vermischung nicht dadurch zur Waarenverfälschung werden, daß der Verkäufer das Mehl fälschlich für eine bessere Qualität ausgäbe. Eine solche Täuschung würde nur als ein bürgerliches Vergehen erscheinen, für welches, nach §. 4. b. das Amt competent seyn würde, indem die Summe des Betrugs sich nur auf etwa 8 fl. belaufen könnte. —

In einem weitern voto ward über die Schädlichkeit des beigemischten Linsenquanti noch angeführt:

„Bekanntlich sind die Linsen eines der ältesten Nahrungs„mittel; wir finden sie als solches schon bei den Egyptern, „Griechen und Römern, und wenn man auch in ältern und „neuern Zeiten ihrem Genusse das Entstehen mehrerer Krank„heiten zuschrieb, wie z. B. der elephanthiasis, was indessen „problematisch bleibt, so können sie doch keineswegs unter „die der Gesundheit absolut nachtheiligen Gegenstände ge„rechnet werden.“

„Was der alte Gattenhof in seinen Stirpes agri et „hortus Heidelbergensis darüber bemerkt, dürfte das Rich„tigste, und mit dem Ausspruch des Medicinalreferenten „Vereinbarlichste seyn, wenn dieser Schriftsteller sagt: com„munis usus, præter fletulentiam, nulla incommoda sta„tuit. — Dieses kann noch mehr in Brodgestalt, und als „Hauptnahrungsmittel der ärmern Klasse der Fall seyn. „Ein Gleiches gilt auch von den Saubohnen, nur in ver„stärkterem Maaße.

„Soviel erhellet daraus, daß die Linsen nicht unter „den Begriff von schädlichen Mischungen aufgenommen „werden können, deren das Strafedict erwähnt, wodurch „eine Tödtung beabsichtigt oder culpos veranlaßt werden „kann; das Gesetz, wie seine ganze Fassung ergibt, versteht „darunter nur solche, wie z. B. den Bleizucker bei Weinen, „Gips und Kalk bei Mehl, und dergleichen.“

„Daraus folgt jedoch noch nicht, daß des Inculpaten „Handlung für eine blos gewinnsüchtige, für Leben und „Gesundheit der Menschen ganz unbedenkliche Waarenver„fälschung zu nehmen sey, und daher bloß als Polizeiver„gehen angesehen werden müsse, wie dieses z. B. bei dem „Bäcker der Fall ist, der den vorgeschriebenen Stahl nicht „liefert, damit aber keine der Gesundheit nachtheilige Waare, „sondern nur eine wohlfeilere um höhern Preiß, des Vor„theils wegen, verkauft."

„Der Betrug, welchen der Bäcker ausübt, indem er „schlechtes Mehl für besseres ausgibt, unterscheidet sich von „dem vorliegenden Fall dadurch, daß Inculpat ein Product, „welches in R. nicht als Brodmehl gebraucht wird, unter das „Gerstenmehl vermengte, in der Voraussetzung, daß seine Ab„nehmer um so weniger die beabsichtigte Täuschung ahnen „würden, als er es für Kornmehl declarirte, und solches „um einen Preiß verkaufte, den es nur unter der vorge„spiegelten Voraussetzung haben konnte."

Bemerk. Die entgegengesetzte Ansicht des hofgerichtlichen Referenten, dem das Collegium einstimmig beitrat, ging von folgendem Gesichtspunkte aus; zum Thatbestand der einfachen Waarenverfälschung, welche ohne nachtheilige Folgen für die menschliche Gesundheit geblieben sey, gehöre ausser der möglichen Gefahr für die Gesundheit eines Menschen, erstens die Absicht, einen Gewinn zu machen, dann werde auch zweitens vorausgesetzt, daß der Thäter gewußt habe, daß die Verfälschung als Mittel zum Gewinn, einen Nachtheil für die Gesundheit zur Folge haben könne; oder daß er doch in der Lage gewesen sey, dieses wissen zu können und zu sollen. Wogegen es drittens nicht erforderlich sey, daß schon ein Schaden geschehen.

Bei Anwendung dieſer Sätze auf den zu beurtheilenden Fall, wäre 1) bei dem zu K. und M. verkauften Mehl von einem Betruge oder Verbrechen nicht die Rede, da keine Anzeige in den Acten liege, daß der Inculpat dort ſein Mehl für gutes Brodmehl ausgegeben habe, und es ungewiß ſey, ob daſſelbe aus den nämlichen Beſtandtheilen zuſammengeſetzt war, wie das zu R. verkaufte. 2) Was hingegen dieſes Letztere betreffe, ſo komme es nicht durchaus darauf an, woraus das zu G. gemahlene Mehl beſtanden habe, da von dem Mahlen an bis zu dem Verkaufe eine weitere Vermiſchung mit ſchlechterem Mehl recht gut habe ſtatt finden können. — Wäre aber das verkaufte Mehl auch das nämliche geweſen, ſo bleibe doch ſo viel gewiß, daß Inculpat mit drei Maltern unvermiſchter Gerſte, ein unverhältmäßiges Quantum unreiner Linſen, wobei ſich außer etwas Gerſte, Hafer und ein wenig Korn, auch Saamen von Unkraut und Unrath befunden, vermengt habe, um daraus Mehl, welches zum Genuſſe der Menſchen beſtimmt geweſen, mahlen zu laſſen.

Es leide ferner keinen Zweifel, daß der Angeſchuldigte dieſe Miſchung aus Gewinnſucht unternommen habe, indem er ſelbſt eingeſtanden, daß er damit einen Mehrerlös bezweckt hätte, auch das Malter um 2 fl. 55 kr. zu theuer verkauft, und ſich ſolchergeſtalt eines Kornwuchers ſchuldig gemacht habe. — Wenn er nun ferner das Mehl für gutes Schwarzmehl, oder, wie aus einigen Ausſagen hervorgehe, für gutes Korn- und Gerſtenmehl ausgegeben habe, da er doch als Getraidehändler hätte wiſſen müſſen, daß man zu R. das Mehl aus Linſengerſte gar nicht zu Brod benutze, ſo habe er ſeine Käufer zu R. offenbar inducirt, und es könne keinen Zweifel leiden, ihn des Betrugs für ſchuldig zu erklären.

Nach der Erklärung mehrerer Perſonen und der Gerichtsärzte über die Wirkungen des aus obigem Mehl ge-

backenen Brodes, träte auch die Voraussetzung des Gesetzes bei dem Verbrechen der Waarenverfälschung ein: „daß nach „der Natur derselben etwas der Gesundheit des Menschen „Nachtheiliges damit wenigstens bewirkt werden konnte.“

Es frage sich daher nur noch, ob Inculpat die Möglichkeit dieses Erfolges eingesehen, oder doch leicht habe einsehen können? — Daß das fragliche Mehl nicht allen Personen, welche davon genossen, geschadet habe, entscheide nichts für die Genießbarkeit dieses Products; da die Käufer zum Theil gutes Gerstenmehl darunter gemischt hätten, und da man nicht wissen könne, ob zu K. und M. der Angeschuldigte das gleiche Mehl verkauft habe, wie zu R., weil ersteres nicht untersucht worden sey. — Wenn aber derselbe sich damit entschuldigen wolle, daß in seinem Wohnorte und der Umgegend dergleichen Linsengerste gemahlen und verbacken werde, ohne daß Jemand Unbequemlichkeiten davon spüre, so möge dieses zwar seyn, es wäre aber alsdann vorauszusetzen, daß das angemessene Verhältniß zwischen beiden Fruchtarten, Linsen und Gerste jedes zur Hälfte, beobachtet werde, und dann daß diese Früchte rein geputzt und vom Unkraute frei seyen. Es hätte daher der Inculpat nicht voraussetzen dürfen, daß Brod aus so schlechten und rauhen Mehlstoffen für Menschen genießbar und unschädlich seyn werde; zumal er sich durch die angestellte Backprobe vom Gegentheil hätte überzeugen müssen.

Aus diesen Gründen hielt der hofgerichtliche Referent den Inculpaten, des Verbrechens der verfälschten Waaren, für überwiesen.

Reicht die Aussage des Vaters eines Inculpaten, verbunden mit mehreren Inzichten, hin, um gegen denselben das „schuldig" auszusprechen?

(Untersuchungs-Sache gegen Jacob F. d. jüng.)

F. der Vater, so wie dessen Magd, waren durch einen Schuß verwundet worden, es fanden sich in ihren Schenkeln nur einige Hasenschrote vor, so daß die Verwundung durchaus nicht als eine gefährliche anzusehen war. — Zur Zeit der That war — so weit aus den Untersuchungsacten zu ersehen, — Niemand zu Hause, als der Vater, die Mutter, die Magd, und angeblich auch der Sohn.

Da die Mutter während des Vorfalles im Hause gewesen war, nur den Schuß gehört, und den Sohn hatte fortspringen sehen, so konnte sie direct über den Vorfall nichts aussagen.

Der Vater F. gab an: sein Sohn hätte, weil man demselben Hindernisse in der Ausübung seines Brauereigeschäftes in den Weg gelegt habe, sich dem Müßiggange und dem Trunke ergeben, auch mit einer frühern Magd in einem unerlaubten Verhältnisse gelebt, welche deßfalls aus dem Hause entfernt worden; dieser doppelte Grund sey die Veranlassung zu häuslichen Streitigkeiten gewesen. — Insbesondere gab er an, jene Magd habe eines Tages Versuche gemacht, mit seinem Sohne eine Zusammenkunft zu halten, kurz darauf wäre er den Letztern ansichtig geworden, als derselbe, aus dem Keller kommend, an der Thüre

seiner Brauerei gestanden sey. Er hätte ihm nun Vorwürfe darüber, so wie wegen seiner Trunkenheit gemacht, und ihn ausgeschimpft, der Sohn sey gleichfalls heftig geworden, und da er ihn noch weiter ausgeschimpft, habe dieser plötzlich eine Pistole unter dem Rocke hervorgezogen, gegen ihn geschossen, und ihn, so wie seine damalige Dienstmagd verwundet. Dann wäre er durch den Schopfen davon gesprungen.

Es scheint jedoch, daß diese Angabe nachmals den Vater gereut habe, denn er gab in einem spätern Protocolle, gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau, folgende Erklärung ab:

„sie glaubten zwar, daß sie bei der vorgenommenen „Untersuchung, in den früheren Protocollen nur die Wahr„heit angegeben hätten, allein sie seyen Beide vergeßlich, „und könnten deßhalb auch nicht durch einen Eid bestätigen, „daß ihre frühere Angabe wirklich die reine Wahrheit ent„halte, denn sie könnten sich jetzt des ganzen Vorganges „nicht mehr erinnern.“ Sie erklärten die ihnen angebotene Vorlesung der früheren Protocolle für überflüssig, weil sie nicht mehr darüber urtheilen könnten, ob jene Protocolle die Wahrheit enthielten, oder nicht.

Die verwundete Dienstmagd sagte aus: während sie über den Hof gegangen, habe der alte F., vor der Stallthüre stehend, gegen seinen Sohn gescholten, diesen letztern hätte sie aber weder gesehen noch gehört, und vermuthe nur, daß er in seiner Brauerei gestanden habe. Kaum hätte sie im Stalle einen Kübel auf den Futtertrog niedergestellt gehabt, als in dem Hofe ein Schuß gefallen sey, durch welchen sie zugleich mit ihrem Dienstherrn verwundet worden. Als sie nachmals langsam aus dem Stalle in den Hof zurückgekehrt sey, habe sie dort Niemanden gesehen, als ihren Dienstherrn und seine Ehefrau, welche gerade aus dem Hause gekommen sey. Später hätte ihr der alte F. gesagt, daß er seinen Sohn zum Schießen aufgefordert habe.

Endlich wollte der Inculpat von Allem, was an dem Tage jenes Ereignisses vorgefallen war, von einer Pistole, von einem Schuße u. s. w. durchaus nichts wissen, weil er sich, wegen Trunkenheit, in einem Zustande völliger Bewußtlosigkeit befunden habe.

Anders lautete eine vom Inculpaten der Regierung des Oberrheines übergebene Vorstellung, von ihm selbst unterschrieben, worin er sagte:

„am 12. August 1832. Abends gegen 7 Uhr, sey ihm „in seiner Trunkenheit und Melancholie, wovon er jedoch „nichts wisse, eine Pistole, die mit Schrot geladen gewesen, „losgegangen, und die Posten hätten seinen Vater und „dessen Magd getroffen, die etwas leicht hierdurch verwun„det worden seyen."

Dagegen behauptete Inculpat, daß sein Vater diese Schrift habe verfertigen lassen, er kenne ihren Inhalt nicht, habe solche nicht genau gelesen, oder bei seiner Unterschrift nicht sonderlich darauf geachtet; denn es sey ihm von einem Schusse gar nichts erinnerlich.

Es mußte auch der Inculpat gestehen, daß er eine Pistole gehabt habe, und seiner Behauptung, daß sie ihm in der Neujahrsnacht gesprungen sey, widersprachen nicht nur seine Eltern, weil er in jener Nacht gar nicht aus dem Hause gekommen, sondern auch die Magd, welche sie noch in den letzten Tagen über seinem Bette hängen gesehen haben wollte.

Das Hofgericht erkannte den Inculpaten der Verwundung seines Vaters und der Dienstmagd desselben durch einen Pistolenschuß für schuldig und überwiesen, und verurtheilte ihn zu einer einjährigen leichten Zuchthausstrafe; davon ergriff er den Unschulds-Recurs an das Oberhofgericht.

Der recurrentiſche Anwalt ſuchte auszuführen, a) daß nur die Ausſage eines einzigen Zeugen, des Vaters, den Inculpaten als den Thäter bezeichne. b) Wollte man dieſe aber auch als richtig annehmen, ſo fehle doch die Abſicht, zu tödten oder zu verwunden. Daraus, daß die Schrote größtentheils in die untern Theile des Körpers eingedrungen ſeyen, folge, daß die Piſtole entweder gleich beim Hervorziehen losgegangen ſeyn müſſe, oder daß doch der Inculpat auf keinen Fall gezielt habe. Auch wollte deducirt werden, daß eine mit Haſenſchrot geladene Piſtole kein abſolut tödtliches Inſtrument ſey. c) Der Vater habe die Veranlaſſung zum Streite gegeben, der Angeſchuldigte ſey durch ſeine Trunkenheit ganz imputationsunfähig, auch hätten der Vater und die Magd ihm ſeine That verziehen.

Der oberhofgerichtliche Referent trug auf Klagfreierklärung an, weil er den Beweis des ſubjectiven Thatbeſtandes nicht für hergeſtellt hielt. Er führte nämlich aus: 1) es ſey mit Gewißheit nicht anzunehmen, daß zur Zeit der verübten That Niemand im Hauſe und Hof geweſen ſey, als der Recurrent, ſeine Eltern und die Magd. Es komme darüber in der Unterſuchung nichts ſpecielles vor, und es bleibe immerhin möglich, daß ſich Jemand in der weitläufigen Hofraithe verſteckt gehalten, und den Schuß gethan hätte, ohne von Andern bemerkt worden zu ſeyn. 2) Der Inculpat ſey der That durchaus nicht geſtändig, er wolle vielmehr von Allem, was damals vorgefallen, wegen Trunkenheit nichts wiſſen. 3) Wenn das Zeugniß der Eltern gegen den Sohn nicht rechtsbeſtändig ſey, ſo könne auch das Zeugniß der Magd, als einer einzelnen Zeugin, jenes Zeugniß nicht vervollſtändigen, da ſolches die Rechtsbeſtändigkeit deſſelben vorausſetzen würde. — Von einer Vervollſtändigung der elterlichen Depoſitionen könne aber auch darum keine Rede ſeyn, weil ſie dieſelben in ihrer nachmaligen Erklärung zum Protocoll gewiſſermaßen

widerrufen hätten. Die Vervollständigung durch die Aussagen der Magd müßte schon um deßwillen wegfallen, weil diese behauptet habe, aus eigener Wahrnehmung nichts aussagen zu können.

4) Der Umstand, daß Inculpat gleich nach der That die Flucht ergriffen, und sich einige Tage verborgen gehalten habe, relevire nichts, da dieses aus Furcht vor den Gendarmen, welche ihn aufgesucht, hätte geschehen können.

5) Aus des Angeschuldigten Geständniß, daß er früher eine Pistole gehabt, folge nichts für den subjectiven Thatbestand des in Frage stehenden Verbrechens, auch wäre er dessen weder durch die Aussagen seiner Eltern, noch durch das Zeugniß der Magd überführt.

Der Instructiv-Votant ging noch weiter, und bezweifelte sogar den objectiven Thatbestand einer peinlich zu bestrafenden Verwundung, nämlich, wenn man annehmen wollte, daß zur Rechtfertigung des hofgerichtlichen Urtheils eine wirkliche Verwundung im materiellen Sinne wesentlich sey, so würde darüber die oberflächlich geführte Untersuchung kein genügendes Resultat liefern, indem die medicinischen Gutachten sich nicht bestimmt darüber aussprächen, ob die Verwundungen ärztliche Hülfe erfordert hätten. — Der Votant trug auf Erhebung eines Superarbitrii des Medizinalreferenten an.

Wollte man aber auch den objectiven Thatbestand als vorhanden annehmen, so sey doch der subjective nicht genugsam hergestellt, um darauf ein peinliches Erkenntniß bauen zu können. Die Aussage der Eltern gegen ihren Sohn könne äußersten Falls nur als Inzicht gelten. Die Magd habe nur das Schimpfen vernommen und den Schuß fallen hören. Ihre Aussage könne daher nur als ein das erstere verstärkendes Indicium gelten. Eben so wäre die Flucht des Inculpaten nur eine Anzeige. Der Umstand mit der Pistole, welche in der Neujahrsnacht gesprungen

seyn sollte, wäre vom Untersuchungsrichter nicht weiter erforscht, und eben so verhalte es sich mit der Eingabe des Inculpaten an die Kreisregierung; allem diesem sey kein weiteres Gewicht beizulegen, als das von dringenden Indicien. Solche Anzeigen könnten aber, nach des Votanten Ansicht, weder einzeln, noch in Verbindung mit einander, einen vollen, rechtlichen Beweis abgeben. Sobald man jedoch den Indicien-Beweis für hinreichend annehme, um das „schuldig" auszusprechen, so dürfte dieses um so mehr ohne Anstand seyn, als Inculpat ein Mensch sey, zu dem man sich einer solchen That, im Jähzorne und in einer durch Berauschung verstärkten Aufwallung, wohl versehen könne. Denn er sey bereits im Jahre 1824. wegen fortgesetzten Diebstahls, dann im Jahre 1827. wegen Mißhandlung eines Andern, und selbst seines Vaters, bestraft worden, und habe wegen versuchter Tödtung des Amtsdieners in Untersuchung gestanden. Seit jenem hofgerichtlichen Strafurtheile habe, wegen Widersetzlichkeit gegen die Obrigkeit, und ausgestoßener gefährlicher Drohungen, schon wieder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet werden müssen.

Nach gegenwärtiger Lage der Sache richtete auch der Instructiv-Votant seinen Antrag auf Klagfreierklärung.

Indessen ward, gegen diese Ansicht, der Recurs durch große Stimmenmehrheit verworfen. Diese Majorität hielt eine nähere Erhebung des Umstandes: „ob ärztliche Hülfe nothwendig gewesen sey?" nicht für nöthig. *) Die Deposition des Vaters sey als halber Beweis anzusehen, die Magd habe das Schimpfen und auch den Schuß fallen gehört, welches Letztere auch bei der Mutter der Fall gewesen. Der Inculpat habe anfangs die Flucht genommen, und

*) Wahrscheinlich wegen der Ausnahme des §. 71. des Straf-Edicts: wenn bei einer Verwundung besondere Verletzung schuldiger Ehrfurcht mit untergelaufen ist.

sich zuerst blos mit seiner Trunkenheit entschuldigt, in seiner nachherigen Vorstellung an die Kreisregierung aber ein eigentliches Geständniß abgelegt. Einen andern Thäter habe er nicht angegeben, noch weniger dieses, wie es ihm obgelegen, bewiesen.

Auch ein an Großh. Justizministerium ergriffener Recurs zur Gnade, hatte keinen bessern Erfolg, indem er unter dem 9. Juli d. J. verworfen ward.

IV.

Miscellen und Nachträge.

Digitized by Google

Die Entscheidungsgründe sind jedesmal dem Unterrichter zugleich mit dem Urtheil mitzutheilen.

Unter dem 9. August 1833. erging vom Großh. Justiz-Ministerium die Weisung an das Oberhofgericht: In Beziehung auf den §. 1227. der Proceßordnung findet man sich veranlaßt zu verfügen, daß überall, wo dem Richter der vorigen Instanz das in höherer Instanz gefällte Urtheil mitzutheilen sey, auch die Entscheidungsgründe desselben dieser Abschrift beizufügen seyen.

(Dambacher gegen Freih. von Eichthal.)

Die Vermeidung verschiedener Entscheidungen in den Senaten der Gerichtshöfe betreffend.

Ueber diesen Gegenstand erging am 31. Juli d. J. eine höchste Entschließung aus Großh. Staatsministerium, in Gemäßheit welcher das Großh. Justizministerium unter dem 3. September 1833. folgenden Beschluß an das Oberhofgericht und die sämmtlichen Hofgerichte erließ:

„Es kann zwar nicht in einer einzelnen Rechts-„sache, bei einem entstehenden Zweifel, betreffe er auch „blos eine Competenz- oder sonst formelle Frage, in dem „für die Aburtheilung des Falls constituirten Gerichte „eine Abänderung getroffen, und an die Stelle des Senats „das Plenum gesetzt werden.“

„Ueberall aber, wo solche Verschiedenheiten, welche die „Rechtssicherheit gefährden, bemerkbar werden, kann eine „Berathung des vollen Gerichtshofes veranlaßt werden, „um über zweifelhafte Fragen, sie mögen das formelle oder „materielle Recht betreffen, in ihrer allgemeinen Bezie„hung, entweder eine Vereinigung zu erzielen, oder wo diese „nicht möglich ist, eine authentische Interpretation in An„trag zu bringen."

„Die Gerichtsvorstände werden insbesondere angewiesen, „in allen Fällen, wo eine Meinungsverschiedenheit unter den „Senaten des Gerichtshofes über eine Rechtsfrage entsteht, „und durch weitere Berathung im vollen Rathe nicht geho„ben werden kann, das Beurkundungs-Protocoll über die „Abstimmung mit gutachtlichem Antrag auf eine Verbesse„rung oder authentische Erläuterung des Gesetzes hierher „berichtlich einzusenden."

Insinuationen durch die Gerichtsboten, nach der neuen Proceß-Ordnung.

Unter der Herrschaft der Obergerichtsordnung wurde beim Oberhofgerichte die Insinuation von der Expeditur aus besorgt, welche die Taxen davon als Accidenzien bezog. Da aber die neue Proceßordnung die Behändigung der Ladung ꝛc. an den Beklagten durch einen verpflichteten Gerichtsboten in ihren §§. 261. u. folg. vorschrieb, so mußte darunter eine Abänderung getroffen, und die Insinuationen der oberhofgerichtlichen Beschlüsse den Kanzleidienern, als Gerichtsboten übertragen werden.

Nach Vorschrift eines höchsten Rescripts aus Großh. Staatsministerium vom 5. Juni 1833. an das Großh. Justizministerium wurde die Art der Insinuationen, und die Gebühren dafür, folgendermaßen festgesetzt:

Weisung an die Kanzleidiener als Gerichtsboten vom 29. Juli 1833.

„Die Gerichtsboten haben die Ausfertigungen, welche „sie zu insinuiren haben, aus den Händen des oberhofge„richtlichen Expeditors zu empfangen. Es geschieht solches „in folgender Art:

„Sobald der Secretair sämmtliche Verfügungen seiner „Gerichtssitzung zu den Acten bemerkt, und alle durch die „Kanzlei gemachten Ausfertigungen contrasignirt, auch der „Sportel-Verrechner die zu zahlenden Gebühren bemerkt „hat, läßt derselbe die von den Boten zu insinuirenden Be„schlüsse dem oberhofgerichtlichen Präsidium zur Unter„schrift vorlegen, von welchem, nach geschehener Unterschrift „solche durch den Oberhofgerichts-Expeditor den Boten zur „Insinuation zugestellt werden."

„Die Gerichtsboten haben nach §. 262. der Proceß„Ordnung die ihnen zur Insinuation übergebenen Ausferti„gungen entweder demjenigen, an den sie gerichtet sind, „oder an erwachsene Personen, die zu dessen Familie oder „Gesinde gehören, abzugeben, und zugleich in dem Hause „derselben auf die Ausfertigung den Tag der geschehenen „Zustellung zu beurkunden. Wenn in der nämlichen Pro„ceßsache mehrere Ausfertigungen gemacht sind, so enthal„ten entweder dieselben Auflagen an sie alle, oder es wird „nur einem Theile eine Auflage gemacht, wovon der andere „blos Nachricht erhält, oder es erhalten die beiderseitigen „Anwälte von einem Vorgange blos Nachricht."

„In dem ersten Falle hat der Gerichtsbote auf alle „Ausfertigungen die an alle Anwälte geschehene Insinua„tion zu beurkunden. Im zweiten Falle hat der Ge„richtsbote zuerst jene Ausfertigung, welche eine Auflage enthält, „dem betreffenden Anwalt zu insinuiren, sodann dem an„dern Anwalt das Decret, wodurch ihm von jener Auflage

„an seinen Gegner Nachricht gegeben wird, zuzustellen, und „darauf die an diesen geschehene Insinuation zu beurkunden. „Im letzten Falle hat der Gerichtsbote bloß auf jede Aus„fertigung die Zustellung an den Anwalt, an welchen sie „gerichtet ist, zu beurkunden.

„Jede Insinuations-Beurkundung muß den Tag bezeich„nen, an welchem die Einhändigung geschah, und die Per„son, an welche sie geschehen ist."

„Wenn in einer zu insinuirenden Verfügung eine oder „mehrere Beilagen, welche der Parthie oder dem Anwalte „zugestellt werden sollen, angerufen sind, so ist in dem In„sinuations-Schein ausdrücklich hiervon Erwähnung zu thun."

„Da nach §. 269. jede Insinuation auch in den Ge„richtsacten beurkundet werden muß, so legt der Registrator „alle ihm von dem Secretariat aufgelieferten Acten, in wel„chen Insinuationen zu machen sind, auf einen besondern, „für die Gerichtsboten bestimmten Tisch, wo sie die In„sinuations-Beurkundungen in dieselben zu notiren, und „wenn solches geschehen ist, dem Registrator hiervon die An„zeige zu machen haben. Die Beurkundung muß zu den „Acten, wo möglich am nämlichen Tage der Insinuation, „höchstens aber am folgenden geschehen."

„Ist in den Gerichtsacten nicht hinlänglich leerer Raum „vorhanden, um darin die geschehene Insinuation in voll„ständiger Art beurkunden zu können, so haben die Gerichts„boten eine eigene Insinuations-Beurkundung, auf welcher „sich die vollständige Klagrubrik befinden muß, dem Re„gistrator zu übergeben, damit derselbe sie den Acten bei„registrirt."

„Die Gebühren der Gerichtsboten sind nach der Tarord„nung vom Jahre 1807. folgende:

„Für jede Zustellung einer gerichtlichen Ausfertigung, „einschließlich der darauf zu beurkundenden Einhändigung,

„erhält der Gerichtsbote von dem Empfänger 12 Kreuzer. „Wenn aber die an den gegentheiligen Anwalt geschehene „Insinuation einer richterlichen Auflage zugleich beurkundet „wird, so hat der Anwalt, welchem diese Beurkundung ge„geben wird, dafür noch weitere 6 Kreuzer, also im Gan„zen 18 Kreuzer zu zahlen. Den Boten ist untersagt, „dergleichen Beurkundungen da auszustellen, wo es nicht „nöthig ist, oder wenn der Anwalt, dem solche ausgestellt „werden soll, ausdrücklich erklärt, daß er derselben nicht „bedürfe."

„Jede weitere Anrechnung, unter welchem Namen es „auch seyn möge, ist den Gerichtsboten ausdrücklich untersagt."

Anwendung des §. 16. des Ehrenkränkungs-Gesetzes auf frühere Fälle.

Das Großh. Justizministerium theilte dem Oberhofgerichte aus Veranlassung einer im Gnadenwege von Großh. Staats-Ministerium nachgelassenen Strafe, welche das Mannheimer Hofgericht gegen gewisse Denuntianten erkannt hatte, folgende Stellen aus dem Vortrage an dieses höchste Ministerium mit:

„Es scheint uns (dem Großh. Justizministerium) dem „Gesuche ein nicht unerheblicher Rechtsgrund zur Seite zu „stehen."

„Das hofgerichtliche Erkenntniß beruht auf der Vor„schrift der §§. 45. und 46. des Straf-Edicts, verbunden „mit der Verordnung vom 28. Februar 1807., dem gemäß „Denuntianten, welche mit dem Beweise durchfallen, als „der gerichtlichen Injurie schuldig, mit polizeilicher Strafe „belegt werden sollen."

„Es entsteht daher die Frage, ob das Hofgericht, wel„ches auf diese Strafe unter dem 13. April v. J., sohin zu „einer Zeit, wo die besagte Vorschrift durch den §. 16. „des am 1. Februar v. J. in Wirksamkeit getretenen neuen „Ehrenkränkungsgesetzes bereits aufgehoben war, gegen den „Antrag seines Referenten erkannte, hieran Recht gethan „hat, oder nicht.“

„Ohne Zweifel ging dasselbe dabei von dem allgemeinen „Grundsatze aus, daß Gesetze nicht auf das Vergangene „zurückzuziehen, und daher die erwähnten ältern Gesetze, „als noch in Kraft bestehend, vorliegenden Falls zur An„wendung zu bringen seyen.“

„Allein bei dieser Anwendung hat das Hofgericht, wie „uns scheint, nicht gehörig unterschieden. Vergleicht man „nämlich den angeführten §. 16. des Ehrenkränkungsgesetzes „mit dem unmittelbar darauf folgenden §. 17., welcher „sagt: „„daß das Ehrenkränkungsgesetz auf frühere Fälle „„nur dann Anwendung finde, wenn die darin enthaltenen „„Bestimmungen milder seyen, als die frühern““, so scheint „der Sinn des Gesetzes vielmehr der zu seyn, daß, in so „fern es sich nach dem 1. Februar 1832. von der Abur„theilung einer Ehrenkränkungssache handelt, welche vor „diesem Zeitpunkte ihre Entstehung genommen, bald das „alte, bald das neue Gesetz zur Anwendung komme, je „nachdem das eine oder das andere Gesetz das mildere ist.“

„Nun ist aber das neue Gesetz gegen das alte darin „wesentlich milder, daß es Ehrenkränkungen überall nicht „von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Beleidigten, „ahndet (§. 14.), und daß, hingesehen auf den Begriff, den „der §. 3. desselben über Ehrenkränkungen aufstellt, sehr „zu bezweifeln steht, ob dasselbe Denuntianten schon allein „darum, weil sie mit dem Beweise durchfallen, als Inju„rianten behandeln und bestrafen, Beziehungsweise, ob es „die Recurrenten, bei denen zwar ein leidenschaftliches In-

„teresse, darum aber noch kein Animus injuriandi vorge„waltet hat, überhaupt für straffällig ansehen könnte.“

Schriftliches Verfahren, nach §. 336. und 1126. der neuen Proceß-Ordnung.

Dem Oberhofgerichte ward vom Großh. Justizministerium ein über diesen Gegenstand erlassenes Rescript vom 31. Juli d. J. mitgetheilt. Darin heißt es unter andern:

„Man findet keinen hinlänglichen Grund, jetzt schon „eine Abänderung der §§. 336. und 1126. der Pr. Ordnung „vorzunehmen. — Den Parthieen wurde die Wahl zwischen „mündlicher und schriftlicher Rechtsausführung, und selbst „der völlige Verzicht hierauf, freigelassen, weil überhaupt „die Betheiligten am Besten urtheilen können, welche Weise „der Rechtsvertheidigung für sie die zweckdienlichste sey, und „weil insbesondere bei dem Uebergange von einem gewöhn„ten zu einem ungewöhnten Verfahren, den Parthieen und „Anwälten mehr Freiheit gelassen werden muß, sich des „einen oder des andern zu bedienen.“

„Hierzu kommt der weitere Grund, daß, indem das „Schriftverfassungsrecht noch in großer Ausdehnung besteht, „bei der unbedingten Nöthigung zum mündlichen Verfahren, „man entweder den Parthieen die ihnen zunächst liegende „Berathung entziehen, und damit zugleich die härtesten „Folgen für eine große Klasse Berechtigter herbeiführen, „oder die Parthieen zu doppelter und dreifacher Berathung, „und damit zu vermehrtem Kostenaufwande nöthigen könnte.“

„Auch kann der schriftliche Gerichtsvortrag für den „Geschäftsgang kaum nachtheilig seyn, wenn der Vortrag „nach der Bestimmung des §. 1127. nur bündige und ge„drängte Fassung enthält, worin ohne Zweifel die Refe-

„renten durch das in der Mehrheit der Fälle statt findende „mündliche Verfahren, und durch die dabei noch kürzer „gefaßte Entscheidungsweise immer mehr Angewöhnung „erhalten werden, und wenn man den Vortheil dagegen „hält, daß durch den schriftlichen Vortrag des Referenten „der mündliche Vortrag der Parthieen erspart, und „dadurch die Zeit der Gerichtssitzung abgekürzt wird. „Ferner kann nicht unbemerkt bleiben, daß es niemals „einer Parthie allein überlassen ist, das mündliche Ver„fahren zu umgehen, indem nach §. 306. entweder beide „Parthieen darin übereinstimmen müssen, oder da, wo „eine Parthie es verlangt, das Ermessen des Richters „hinzukommen müsse."

Richterliche Competenz bei Gegenständen der Gewerbs- insbesondere der Mühlen-Gewerbs-Polizei.

(Müller Georg Haack gegen den Müller Johann Haack.)

Es sind die Mühlen dieser beiden Brüder in geringer Entfernung von einander belegen, die des Johann oberhalb der andern. Schon vor längern Zeiten, und als noch diese Mühlen andern Besitzern gehörten, entstanden Streitigkeiten über die Wasserleitung. Im Jahre 1809. ward ein Gutachten von Kunstverständigen erhoben, und nach diesem der Streit entschieden. Die Differenzien dauerten jedoch fort, und im Jahre 1831. entstand ein abermaliger Proceß über die Verlegung des Ueberfallswehres an der Mühle des Johann Haack, wogegen Georg Haack protestirte. Vom Amte ward der Kläger mit seiner Protestation abgewiesen und dieses Erkenntniß vom Hofgerichte lediglich bestätigt.

Dieſe Rechtsſprüche wurden in der Oberappellations-Inſtanz als incompetent angefochten, weil weder das Amt noch das Hofgericht als richterliche Behörden befugt geweſen ſeyen, dem Beklagten eine Abänderung in dem Laufe ſeines Mühlbachs zu geſtatten, da dieſer Gegenſtand nach der Großh. Badiſchen Mühlen-Ordnung lediglich zur Cognition und Aburtheilung der obern Polizei-Behörde, d. h. der Kreisregierung gehört habe. Es ward daher das Geſuch geſtellt, die unterrichterlichen Beſcheide als incompetent erlaſſen, ganz aufzuheben, und die Sache an die Oberpolizeibehörde zu verweiſen.

Es erging auch am 9. Juli 1833. ein oberhofgerichtliches Urtheil dahin:

„daß unter Aufhebung des Erkenntniſſes beider vordern „Inſtanzen — die Sache ſich zur Zeit zur richterlichen Cog„nition nicht eigne, ſondern zur Entſcheidung über die „Gewerbspolizeiliche Zuläſſigkeit der von Johann Haack in „Antrag gebrachten Verlegung ſeines Ueberfallswehres an „die Großh. Regierung des Unterrheinkreiſes zu verweiſen „ſey.“

Die Entſcheidungsgründe, ſo weit ſie den Punkt der richterlichen Competenz betrafen, beruheten in Folgendem:

„Der vorliegende Rechtsſtreit wurde in den beiden erſten „Inſtanzen ſummariſch nach den Formen des alten Proceß„rechtes verhandelt, und in zweiter Inſtanz von dem „Hofgerichte durch Reſcript vom 18. Octob. 1832. entſchie„den. Sachen, welche nach dem 1. Mai 1832. entſchieden „wurden, richten ſich rückſichtlich der neuen Inſtanz nach „der neuen Proceßordnung. Da nun nach §. 1241. der „Pr. Ordnung auch in ſummariſchen Sachen ein dritter „Rechtszug ſtatt findet, ſo iſt die oberhofgerichtliche Com„petenz für die gegen das hofgerichtliche Reſcript vom „Kläger eingewandte Oberappellation begründet.“

Im 2ten und 3ten Entscheidungsgrunde ward gesagt, daß die Sache sich zum ordentlichen Verfahren geeignet habe, und daß die Oberappellations-Summe vorhanden sey, indem es sich von einer Dienstbarkeit handle, welche, nach dem Werthe des herrschenden Gutes betrachtet, diese Summe erreiche.

Dann hieß es weiter: „4) Die Mühlengewerbspolizei „ist kein Gegenstand der gerichtlichen Cognition, auch sind „die Gerichte nach L. R. Satz 645. bei Streitigkeiten über „die Benutzung von zum Privat-Eigenthum gehörigem „fließenden Wasser ausdrücklich zur Beobachtung der des-„fallsigen Polizei-Verordnungen angewiesen. Nun macht „der §. 2. der Mühlenordnung die Veränderung des „Mühlenüberfalls-Wehrs, welche hier in Frage ist, und „die davon abhängende Veränderung der Wasserleitung und „Uferbefestigung von der Genehmigung der mittlern Poli-„zei-Instanz (jetzt der Kreisregierungen) abhängig. Es ist „also eine Präjudicial-Frage, ob die Regierung die vom „Beklagten intentirte Veränderung für polizeilich zulässig „erkennen wird, oder nicht, und dann erst kann es sich „fragen, ob Kläger einen Privatrechtstitel aufweisen könne, „aus dem er das Vorhaben des Beklagten zu hindern „vermöchte; der vorliegende Fall ist daher zur Zeit zur „richterlichen Entscheidung nicht geeignet."

Diesen Entscheidungsgrund unterstützte der Respicient durch folgende Betrachtungen, welche den Beifall des Collegii erhielten.

Nach der Organisation von 1809. gehöre die Gewerbspolizei zum Geschäftskreise der Aemter, unter Aufsicht und Leitung der Kreis-Directorien (nun Kreis-Regierungen) und dem Ministerium des Innern. Auch das Landrecht mache es im Satz 645. den Gerichten zur Pflicht, bei Beurtheilung von Eigenthumsansprüchen in Beziehung auf

solche fließende Wasser, welche Gegenstand des Privat-Eigenthums sind:

„die besondern und örtlichen Anordnungen über den Lauf „und die Benutzung der Wasser" also die einschlägigen Polizei-Verordnungen zu beobachten. Die im März 1822. von dem Ministerium des Innern erlassene Mühlenordnung gäbe nun die nähern Bestimmungen über den Geschäftskreis der einzelnen Verwaltungsstellen rücksichtlich der Mühlenpolizei, und schreibe in dieser Beziehung im §. 2. vor, daß die Veränderung, Erweiterung und Reparatur bestehender Mühlen in acht dort angegebenen Fällen, nur von der mittlern Polizei-Instanz, nach vorgängiger Untersuchung der Verhältnisse und Vernehmung der Interessenten verwilligt werden könne.

Unter diesen Fällen wäre genannt: 1) jede Veränderung der Ufer des Mühlbachs, welche nicht auf normalmäßige Säuberung desselben Bezug hätten. 2) Jede neue Aufdammung oder Veränderung einer bestehenden derartigen Einrichtung an den Ufern der Mühlbäche. 3) Jede Veränderung des Einlaßwehres, des Ueberfallswehres und der Leerläufe.

Im vorliegenden Falle solle das Ueberfallswehr an eine andere, weiter unterhalb gelegene Stelle des Mühlbaches verlegt werden, was zugleich rücksichtlich der Wasserleitung und der Uferbefestigung nothwendige Veränderungen nach sich ziehe, und wozu daher in Gewerbs-Polizeilicher Hinsicht vorderſamst die Genehmigung der Kreisregierung erforderlich sey.

Das Amt hätte daher die Sache, auf erhobene Beschwerde des Klägers, untersuchen, und diese Untersuchung der Kreisregierung zur Entscheidung vorlegen sollen.— Daß sich in der Klage auch auf civilrechtliche Gründe berufen werde, habe für das Amt kein Motiv seyn können, sogleich als Civilrichter einzuschreiten, und die Gewerbspolizeiliche Erörte-

rung der Sache zu umgehen. Immerhin hätte der Kläger auch der Polizeibehörde seine Privatrechtstitel, aus denen er gegen die vorhabende Veränderung des Beklagten am Wasserbau Einsprache mache, anzeigen müssen, damit diese die rechtliche Gränze ihrer Entscheidung kennen gelernt, und in so fern sie in Gewerbspolizeilicher Hinsicht das Vorhaben des Beklagten zulässig gefunden hätte, die Sache, zur Entscheidung des Rechtspunktes, an den Civilrichter hätte verweisen können.

Allein es habe die polizeiliche Erörterung und Entscheidung vorangehen müssen, weil es davon abgehangen hätte, ob die Sache an den Civilrichter kommen könne, oder nicht. Denn wenn die zuständige Polizeibehörde das Vorhaben des Johann Haack für unzulässig gehalten hätte, so würde schon dadurch die Civilklage des Georg Haack als überflüssig weggefallen seyn.

Von diesen nämlichen Grundsätzen gehe auch der §. 25. der Mühlenordnung, in Bestimmung der Gränzen der richterlichen und polizeilichen Gewalt, rücksichtlich der Mühlengewerbe, aus; welcher Paragraph übrigens nicht angeführt werden solle, als ob er dem Richter für seine Competenz zum Maaßstab dienen müsse, indem die Mühlenordnung nicht vom Gesetzgeber ausgegangen, sondern nur eine Verordnung der obersten Polizeibehörde sey; allein dieselben Grundsätze flößen aus dem, dem bürgerlichen Richter durch die Gesetze, und namentlich durch die Organisation von 1809. Beil. C. §. 10. und durch die §§. 1. und 2. der Proceß-Ordnung vorgezeichneten Wirkungskreis, so wie aus der Natur der Sache. —

I.

Gegenstände des neuen Proceßrechts,

und

Entscheidungen unter dessen Herrschaft.

Digitized by Google

Nichtigkeit eines mittelinstanzlichen Urtheils, wegen eines in den Entscheidungsgründen angeblich enthaltenen falschen Rechtssatzes. — Ob es eine Beschwerde über verletzte Vorschrift des Verfahrens begründe, wenn von der zweiten Instanz, vor dem Endurtheile, nicht auf bessern Beweis interloquirt wurde?

(Steyert gegen Kirner.)

Der Kläger Steyert trug beim Land-Amte Freiburg vor: er habe dem Beklagten Kirner eine Matte um 400 fl. verkauft, dieser Kauf sey vom Ortsgerichte zu K. aufgesetzt, und sodann in das Contractenbuch zu L. angemerkt worden. Der Beklagte wolle unter dem Vorwande den Kauf nicht halten, daß nicht vier, sondern zehn Jahrestermine festgesetzt worden seyen.

Der Beklagte behauptete, mit seinem Gegner keinen förmlichen Kauf abgeschlossen zu haben; er habe nur mit dem Kläger unterhandelt, und dabei erklärt, daß, wenn der Kauf zu Stande käme, er ihm zehn Termine bewilligen müsse. Es sey nichts Schriftliches aufgesetzt worden, und ohne sein Wissen habe der Kläger den Kauf beim Ortsgerichte zu L. einschreiben lassen.

Im Fortgange der Verhandlungen producirte der Kläger einen Aufsatz vom 16. November 1831., nach dessen Inhalt

Steyert an den Kirner, so wie an Georg Lenz die Hälfte eines Hauses um 600 fl. — unter verschiedenen Bedingungen verkaufte. Am Schlusse dieser Urkunde hieß es: „Ferner übernimmt Kirner von Steyert ein Jau„chert Matten, bezahlt dafür 400 fl. Diese Matte stößt „an Wittwe Schuhler." — Der Aufsatz war von Vogt L. geschrieben, und von Steyert, Kirner und mehreren andern Personen unterschrieben.

In Bezug auf diesen Aufsatz räumte Kläger ein, daß darin zwar von Zahlungsterminen nichts gesagt sey, allein er bitte, den Fertiger des Aufsatzes und die als Zeugen unterschriebenen Personen darüber abzuhören, daß wirklich vier Termine zur Abzahlung bestimmt worden seyen, und sey im äussersten Falle bereit, dieses eidlich zu erhärten.

Der Beklagte behauptete dagegen, daß später ein anderer Vertrag abgeschlossen worden, wie die Kaufurkunde des Amtsrevisorats vom 9. December 1831. ergäbe. In einer zu den Acten gebrachten Kaufurkunde vom 6. Jänner 1832. fand sich jedoch von einem Mattenverkauf nichts, sondern es war darin nur die Rede von dem Verkaufe des dritten Theils eines Hauses nebst 2 Ruthen Gemüßgarten um 400 fl. —

Die vorgeschlagenen Zeugen wurden demnächst abgehört, und es erging ein Amtsbescheid unter dem 9. May 1832. dahin: „würde Kläger binnen vier Wochen den Eid darüber „ablegen, daß der Kauf über einen Jauchert Matten zwi„schen ihm und dem Beklagten vollständig abgeschlossen, „daß keine 10 Termine dem Beklagten versprochen, son„dern von ihm Kläger vier Termine verlangt worden, und „daß auch später beim Hauskaufsabschluß von diesem Mat„tenkauf nicht mehr abgegangen, sondern solcher als selbst„ständig angesehen wurde — so werde auf Abschwörung „dieses Eides der Beklagte für schuldig erkannt, den Kauf „zu halten und den Kaufschilling per 400 fl. in 4 Jahres-

„terminen samt Zins zu zahlen und die Kosten zu tragen. — „Würde Kläger diesen Eid nicht abschwören, so solle der Kauf „aufgehoben und Kläger in die Kosten verfällt werden.“

Appellation an das Hofgericht von Seiten des Beklagten.

Zur Rechtfertigung der Beschwerde, daß dem Kläger über die factischen Umstände seiner Klage der Eid auferlegt worden, ward die neue Einrede vorgebracht, daß der Kauf-Ansatz vom 16. November 1831. eine bloße Privaturkunde, und als solche ungültig sey, weil sie nach L. R. Satz 1325. doppelt hätte ausgefertiget werden müssen. Und da nach L. R. Satz 1341. in dieser Sache kein Zeugenbeweis statt finde, so habe nicht auf den Notheid erkannt werden können.

Auf eingekommene Vernehmlassung, und weitere öffentliche Verhandlung der Sache erkannte das Hofgericht am 24. September 1832.

„In Erwägung, daß Kläger, Appellat durch die produ„cirte Privaturkunde vom 16. November 1831. den behaup„teten Mattenkauf nicht erwiesen hat, weil solche, als nur „einmal ausgefertigt, nach L. R. Satz 1325. ungültig ist — „wird der Amtsbescheid dahin abgeändert:

„Kläger, Appellat sey unter Verfällung in die Kosten „erster und zweiter Instanz mit seiner Klage lediglich ab„zuweisen.“

In einem vom Kläger gegen dieses Erkenntniß beim Oberhofgerichte eingereichten Oberappellations-Libell, wollte diesem Rechtsmittel, ungeachtet sich die Streitsumme nur auf 400 fl. belief, gemäß des §. 1175. Nr. 3. und 4. der neuen Proceßordnung, um deßwillen Eingang verschafft werden, weil der Grund der Beschwerde a) in verletzten Vorschriften des Verfahrens und b) in einem unwahren, in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatze sich finde. — Die Beschwerden wurden darin gesetzt, 1) in Bezug auf §. 1175. Nr. 3., daß, wenn auch der fragliche

Mattenkauf zur Zeit als noch nicht erwiesen angenommen würde, doch jetzt schon definitiv, und nicht etwa auf besseren Beweis erkannt wäre. Dann 2) in Bezug auf §. 1175. Nr. 4., daß nicht nach den angetretenen und geführten Beweisen, der fragliche Mattenkauf wenigstens als schon so weit erwiesen angenommen sey, daß das erstinstanzliche Urtheil bestätigt, oder gar ohne den dem Kläger in jenem Urtheile auferlegten Erfüllungseid, der Beklagte zur Haltung des abgeschlossenen Mattenkaufes verfällt worden wäre.

Die Bitte war dahin gestellt: entweder zu erkennen, daß Beklagter für schuldig erklärt werde, den unterm 16. Nov. 1832. mit dem Kläger abgeschlossenen Mattenkauf per 400 fl. Kaufschilling zu halten; oder wenigstens das auf den Erfüllungseid lautende erstinstanzliche Erkenntniß wieder herzustellen. Oder, wenn auch dieses nicht geschehen könnte, das hofgerichtliche Urtheil wegen wesentlichen Gebrechen des Verfahrens zu cassiren, und für diesen Fall ein anderes Hofgericht zur Aburtheilung zu ernennen.

Auf Ansuchen beider Theile wurde Ausnahmsweise schriftliches Verfahren verstattet, und als die Schriftsätze eingekommen waren, erging in öffentlicher Sitzung vom 26. September 1833., ein Urtheil dahin: daß a) die gegen das hofgerichtliche Urtheil erhobene Beschwerde wegen eines in den Entscheidungsgründen enthaltenen falschen Rechtssatzes als unzulässig, b) die weitere Beschwerde aber, wegen vom Großh. Hofgerichte verletzten Vorschriften des Verfahrens, als unbegründet zu verwerfen sey.

Entscheidungsgründe.

Die aufgestellte Beschwerde gegen das hofgerichtliche Urtheil, in so weit sie auf der Behauptung beruht, daß das Hofgericht sein Urtheil auf einen unwahren, in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatz gegründet habe, ist unzulässig. Nach §. 1177. der neuen

Proceßordnung findet bei mangelnder Oberappellations-Summe ein dritter Rechtszug nur in drei Fällen statt. — Bei dieser ausdrücklichen Beschränkung der oberhofgerichtlichen Competenz auf diese drei Fälle kann also, bei mangelnder Oberberufungssumme, niemals eine Rechtssache unter dem Vorwande an den höchsten Gerichtshof gebracht werden, daß die Entscheidung des Mittelgerichts auf einen unrechten Rechtssatz gebauet sey.

Der zweite Beschwerdegrund, darin bestehend, daß das hofgerichtliche Urtheil gegen wesentliche Vorschriften des Verfahrens anstoße, ist zwar nach §. 1177. verbunden mit §. 1175. der Proceßordnung an sich zuläßig, jedoch nicht gegründet.

Das den streitenden Theilen im §. 1221. eingeräumte Recht zur Beibringung neuer Beweise ist eine gesetzliche Vergünstigung, wobei es in der Willkühr der Partheien steht, ob sie davon Gebrauch machen wollen oder nicht. Eine besondere richterliche Anweisung dazu, sobald die streitenden Theile ihre neuen Beweise nicht von freien Stücken gleich mit dem Appellations-Libell oder der Vernehmlassung antreten, haben dieselben daher der Regel nach nicht zu gewärtigen, weil Rechtswohlthaten nicht aufgedrungen werden.

Die gesetzliche Obliegenheit des Mittelgerichts in allen Fällen, wo dasselbe den, bereits in erster Instanz geführten Beweis für unzureichend hält, vor Fällung seines Endbescheids auf bessern Beweis selbst alsdann noch zu erkennen, wenn der beweispflichtige Theil in zweiter Instanz gar keinen neuen Beweis freiwillig angetreten hat, läßt sich mit den Vorschriften der §. 1170. Nr. 4. respect. 1223. der Proceßordnung nicht begründen. — Zwar heißt es im erstgedachten Paragraphen, welcher von der Einrichtung des Beschwerde-Libells handelt, unter No. 4. folgendermaaßen:

„Die Anführung und Verzeichnung der neuern Beweis-

„mittel, wodurch früher vorgebrachte, oder die aufgestell-
„ten neuen Thatsachen dargethan werden sollen, wenn der
„Beschwerdeführer die Beweis-Antretung anticipirt.“

Allein dieses Gesetz bezieht sich unverkennbar nur auf solche Thatsachen, worüber erst noch der Gegentheil gehört werden muß, bevor sich ermessen läßt, ob solche überhaupt nur des Beweises bedürftig sind. Daß das Gesetz eigentlich nur die Beweise über die in zweiter Instanz aufgestellten neuen Thatsachen im Auge habe, und also nur auf diese Weise, nicht aber auch zugleich auf die vorhergehenden Worte: „früher angebrachte Thatsachen“, zu beziehen sey — dieses ergibt sich aus einer Vergleichung desselben mit §. 1218. der Proceßordnung, worin von der, der schriftlichen Vernehmlassung zu gebenden Einrichtung die Rede ist, und wo es No. 5. heißt:

„Die Ausführung und Verzeichnung der neuen Beweis-
„mittel, wodurch die aufgestellten neuen Thatsachen darge-
„than werden sollen, wenn der Appellat die Beweisan-
„tretung anticipirt.“

Dieses Gesetz stimmt also mit dem §. 1170. No. 4. mit dem einzigen Unterschiede wörtlich überein, daß im ersteren die Worte „früher vorgebrachte Thatsachen“ weggelassen worden sind, was doch wohl nur zu dem Zwecke geschehen seyn kann, um damit anzudeuten, daß das Wahlrecht des Appellaten rücksichtlich der Beweisanticipation sich blos auf die Beweise über die aufgestellten neuen Thatsachen beschränke.

Noch deutlicher ergibt sich dieses aus einer Vergleichung des §. 1218. mit §. 1219. der Proceßordnung.

In diesem letzten Gesetz, welches von den Folgen des Versäumnisses der schriftlichen Vernehmlassung handelt, ist der Punct No. 5. des §. 1218. ganz übergangen, und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil es dem freien Willen des Appellaten anheim gegeben ist, ob er die neuen Beweise

über die aufgestellten neuen Thatsachen sogleich mit antreten will, oder nicht.

Dagegen soll der Nachtheil des Versäumnisses, in Bezug auf No. 3. und 4., nämlich bei dem Thatsächlichen der etwaigen Beweiseinreden, so wie der Einreden gegen die Appellationsbeschwerden, im Ausschluß bestehen. —

Es kann jedoch, wie es am Schlusse des Gesetzes weiter heißt: „der Appellat in Bezug auf No. 3. und 4. das Ver„säumte wieder gut machen, wenn er die Einreden oder „Beweismittel in der zur mündlichen Verhandlung bestimm„ten Sitzung beibringt."

Wenn also der Appellat die neuen Beweismittel, so fern sie sich nicht auf die von ihm aufgestellten neuen Thatsachen beziehen, längstens in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung noch beibringen muß, sollen sie anders nicht als versäumt gelten, so folgt daraus wiederum, daß keine gesetzliche Obliegenheit des Mittelgerichtes bestehe und bestehen könne, dem Appellaten nach geschlossenem schriftlichen und mündlichen Verfahren, jetzt erst noch durch Zwischenbescheid zur Beibringung solcher Beweise die Auflage zu machen.

Muß aber der Appellat jene Beweise, welche sich nicht auf die von ihm aufgestellten neuen Thatsachen beziehen, von freien Stücken antreten, ohne erst eine richterliche Anweisung dazu zu gewärtigen, so gilt auch das Nämliche vom Appellanten, und es sind also die Schlußworte im §. 1170. der Proceßordnung: „wenn der Beschwerdeführer „die Beweisantretung anticipirte" — lediglich nur auf die unmittelbar vorhergehenden Worte: „oder die aufgestellten „neuen Thatsachen" zu beschränken, weil im §. 1221. der Proceßordnung beiden Theilen auf gleiche Weise das Recht zum Vorbringen neuer Beweismittel und neuer Thatsachen in der Appellations-Instanz eingeräumt, und nicht anzunehmen ist, daß die Gesetzgebung den Appellaten in eine schlimmere Lage habe versetzen wollen, als den Appellanten.

Hiernach ist es also keine Verletzung wesentlicher Proceß-Vorschriften, daß das Großh. Hofgericht, nachdem es die Klage für beweislos, und die dafür in erster Instanz beigebrachten Beweise für unerheblich hielt, nicht erst vor Fällung seines Endbescheids noch auf einen Zwischenbescheid erkannt hat, sondern es ist vielmehr, gemäß §. 1218. und 1219. Sache des Klägers, Appellaten gewesen, von der Eideszuschiebung, oder, wenn ihm irgend noch ein sonstiges Beweismittel übrig gewesen seyn sollte, von diesem wenigstens eventuell in der schriftlichen Vernehmlassung, oder längstens in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung Gebrauch zu machen, wenn anders dieselben richterliche Rücksicht finden sollten.

Bemerk. 1) Zum nähern Verständnisse der vom Oberappellanten aufgestellten Behauptung, daß die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe einen unwahren Rechtssatz enthielten, wird aus der Ausführung desselben Folgendes zu bemerken seyn.

Er ging von der Voraussetzung aus: wenn man im vorliegenden Falle aus den Entscheidungsgründen einen Rechtssatz herausnehmen wolle, wie man dieses thun müsse, wenn nicht das ganze zweitinstanzliche Verfahren a priori als nichtig über den Haufen fallen solle, so müsse der Entscheidungsgrund eigentlich so heißen: „in Erwägung, daß der Kläger Appellat den behaupteten Mattenkauf nicht erwiesen hat.“

In diesem Sinne genommen sey aber der Entscheidungsgrund offenbar falsch, indem der Vertragsaufsatz vom 16. November 1831. nicht als bloße Privaturkunde gelten könne, sondern den Charakter einer öffentlichen Urkunde habe; daß sie sonach auch nicht nach der Vorschrift des L. R. Satzes 1325. beurtheilt werden dürfe.

Gesetzt aber, dieses wäre der Fall, so sey darum die Klage nicht beweislos, weil Kläger nicht nur ein Geständniß des Beklagten im Protocolle vom 31. März 1832., sondern auch die Aussagen der Zeugen für sich habe.

Die gänzliche Uebergehung dieser zwei Beweißmittel, sowohl im Urtheile als in den Entscheidungsgründen, müsse das hofgerichtliche Urtheil zum unheilbar nichtigen stempeln.

2) Mit der Beschwerdeschrift hatte der appellantische Anwalt eine Litis-Denuntiation an 5 Mitglieder des Freiburger Hofgerichts, welche zu dem Urtheile vom 24. Sept. 1832. mitgewirkt hatten, verbunden. — Es erfolgte aber am 7. December 1832. der Beschluß:

„Dem Dr. Zoeller wird bemerkt, daß seine Bitte um „Beiladung der Mitglieder des ersten Senats des oberrheini„schen Hofgerichtes in gegenwärtigem Rechtsstreite aus dem „Grunde als unzuläßig verworfen werde, weil diese Bitte „eben so sehr gegen die Vorschrift des §. 112. der Proceß „Ordnung — wonach nur demjenigen das Recht der Streit„verkündung zusteht, welcher im Unterliegungsfalle wegen „des Streitgegenstandes Gewährleistung oder Schad„loshaltung an einen dritten fordern zu können glaubt, — „streitet, als die Beiladung des Richters der vordern Instanz „um der Proceßkosten willen zum Streit, mit dem eigentli„chen Zwecke der Streitverkündigung im Widerspruche steht, „indem es in der Natur der Sache liegt, daß der Richter „der vordern Instanz mit derjenigen Parthie, welche sein Ur„theil in der höhern Instanz als gesetzwidrig angreift, nicht „gemeinschaftliche Sache machen, und die Beschwerden gegen „sein eigenes Urtheil mit begründen helfen kann.“

Von der nützlichen Geschäftsführung. Daneben von dem Begriffe eines allgemeinen Vergleichs nach L. R. Satz 2057. und von der Zulässigkeit eines neuen Beweises in dritter Instanz.

(Burkhardische Wittwe gegen Wittwe Winkens.)

Nach dem Tode des Accisors B. fand sich eine Scriptur von ihm vor, in welcher unter Rubrik „Kostenzettel für Auslagen der Wirth Winkens Wittwe" sich mehrere Posten im Gesammtbetrage von 1011 fl. 50 kr. verzeichnet fanden. Diese Summe klagte die Wittwe B. beim Stadtamte Karlsruhe ein; es ward aber von der Beklagten nicht nur überhaupt der Empfang jener aufgezeichneten einzelnen Posten, sondern auch insbesondere, daß sie dieselben als Darlehn empfangen habe, geläugnet. — Es sey nämlich der verstorbene Accisor B. ihr Beklagten ein Kapital von 900 fl. aus einem Darlehn schuldig gewesen. Als sie wenige Tage vor seinem Tode die Zahlung dieser Schuld oder Sicherstellung gefordert, hätten die B.-schen Eheleute die nämlichen Forderungen, welche sie in der Klage angebracht, geltend machen wollen, und man sey endlich übereingekommen, die Forderung von 900 fl. auf 500 fl. herunter zu setzen, und über diese Summe wäre von den B.-schen Eheleuten ein Schuldschein ausgestellt, und dagegen der alte von 900 fl. zurückgegeben worden. — Wenn in dem Schuldbriefe unter andern gesagt sey, daß alle weitern An- und Gegenforderungen hiermit aufgehoben seyn sollten, so beziehe sich dieses gerade auf diejenigen Gegenstände, welche jetzt klagbar gemacht werden wollten. —

Dagegen ward von der Klägerin erinnert: der Vergleich könne der Klage nicht entgegen stehen, weil a) der mit un-

terschriebene Beistand ohne ihr Wissen und Willen verpflichtet worden. b) Weil in der Urkunde vom 12. December 1828. keine Rede von denen hier in Frage liegenden Forderungsposten gewesen sey; dieselben wären vielmehr der Klägerin damals völlig unbekannt gewesen, und erst durch das von ihrem Ehemanne kurz vor seinem Tode angefertigte Verzeichniß hätte sie Kunde davon bekommen. Ein Vergleich, wenn er auch in allgemeinen Ausdrücken abgefaßt wäre, sey doch nach der Natur der Sache und nach L. R. Satz 2049. nicht auf Posten zu beziehen, von denen die contrahirenden Theile beim Abschlusse nicht die mindeste Kenntniß gehabt hätten, und die nicht als Vergleichs-Gegenstände genannt wären.

Nachdem von der Beklagtin gesucht ward, diese beiden Einreden gegen den Vergleich zu beseitigen, erkannte die erste Instanz: „daß die angestellte Klage ab- und zur Ruhe „zu verweisen sey, unter Verurtheilung der Klägerin in die „Kosten."

In der Appellations-Instanz beschäftigte man sich damit, die Unstatthaftigkeit der Einrede des Vergleichs auszuführen, und man hielt von denen in der ersten Instanz aufgestellten Repliken nur die fest, daß der Vergleich nicht auf die eingeklagten Posten bezogen werden könne, weil, nach gesetzlicher Vorschrift, Vergleiche auf ihren Gegenstand beschränkt bleiben müßten.

Ueberdem aber ward die neue Replik vorgebracht, daß der Vergleich, als eine Privaturkunde über eine doppelseitige Zusage, nach L. R. Satz 1325., doppelt hätte ausgefertiget werden müssen, und daher in ihrer einfachen Ausfertigung nichts beweisen könne.

Der gegentheilige Anwalt berief sich auf den Inhalt der Beweisurkunde selbst, nach welcher die Klägerin nicht befugt sey, irgend eine Gegenforderung, aus welchem Rechtsgeschäfte sie auch entstanden seyn möge, jemals in Gegenrech-

nung zu bringen; es fände die Vorschrift des L. R. Satzes 2057. über allgemeine Vergleiche hier ihre Anwendung. — Dagegen sey der L. R. Satz 1325. nicht zu berücksichtigen, weil die Urkunde nur eine einseitige Zusage der B.-schen Eheleute zur Zahlung der Forderung von 500 fl. enthalte.

Das Hofgericht bestätigte das erstinstanzliche Urtheil lediglich, und so kam diese Sache in dritter Instanz an den höchsten Gerichtshof.

Hier trat die Klägerin einen Beweis über die einzelnen Forderungsposten, theils durch Zeugen, theils durch Eidesdelation an. — Dieser Beweisantretung widersprach aber ihr Gegner, weil sie beide Beweismittel, Ausweis ihres Appellations-Libells, schon in zweiter Instanz gekannt habe, und die ältere Proceßordnung verlange, daß dergleichen Beweismittel, auch ohne oberrichterliches Erkenntniß, unter dem Rechtsnachtheile des Ausschlusses, benutzt werden müßten. Nach §. 1221. b. der neuen Proceßordnung könnten diese Beweise in dritter Instanz, als versäumt, nicht mehr vorgebracht werden. Ueberdem wäre dieser Beweis gegen den Inhalt einer vollbeweisenden Urkunde, gesetzlich unzulässig.

Das Oberhofgericht bestätigte durch Urtheil vom 17. Oct. 1833. lediglich die Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen.

Da in dieser Sache, auf Ansuchen beider Theile, schriftliches Verfahren zugelassen war, so stellte der Respicient in seinem Vortrage die zu entscheidenden Fragen dahin auf: 1) ob der angetretene Beweis erheblich, und 2) ob er zulässig sey?

Bei der ersten Frage würde es, wie er voraussetzte, zuvörderst darauf ankommen, ob die Klage durch die Einrede des Vergleichs elidirt sey? Dabei würde zu prüfen seyn, ob die L. R. Sätze 2048. und 2049. auf die Schlußstelle der Uebereinkunft vom 12. Decemb. 1828. anwendbar seyen,

und ob es sich hier nicht vielmehr um einen Vergleich im Sinne des L. R. Satzes 2057. handle, durch welchen nämlich die Parthieen sich allgemein über alle Rechtsgeschäfte, die sie mit einander haben mögen, verglichen hätten. In Rücksicht auf eine weitere Replik wäre zu untersuchen, ob die bestrittene Urkunde wirklich doppelseitige Zusagen enthalte, und also einer doppelten Ausfertigung bedurft habe?

Wolle man annehmen, daß die Einrede des Vergleichs der Klage nicht entgegen stehe, so würde es, zur zweiten Frage, auf den Gehalt und die Beschaffenheit des angebotenen Beweises ankommen.

Da es keinen Zweifel leide, daß in dieser Sache, welche in den beiden vordern Instanzen nach den ältern Proceßformen behandelt worden, der Art. 3. des Einführungs-Edicts zur neuen Proceßordnung seine Anwendung finden müsse, so bestimme sich diese Frage näher dahin: ob, nach Vorschrift der ältern Gesetzgebung, der in dieser Instanz angetretene Beweis deßhalb für versäumt zu erachten sey, weil er nicht schon in zweiter Instanz angetreten worden? — Es ward zu dieser Frage bemerkt, unter Bezug auf die O. H. Gerichtl. Jahrbücher 2r Thl. S. 250. und die Rechtsbelehrung des Gr. Justiz-Ministerii vom 3. Jänner 1812. daß bei dem höchsten Gerichtshofe hinsichtlich der Nichtzulassung neuer Beweise in dritter Instanz keine gleichförmige Praxis geherrscht habe.

Wenn der Nachbringung dieser neuen Beweise in dritter Instanz kein gesetzliches Hinderniß im Wege stehen sollte, so würde es sich weiter fragen: ob der angetretene Zeugenbeweis zuläßig sey? — welche Frage von dem Anwalte der Oberappellatin um deßwillen verneint werden wolle, weil das Rechtsgeschäft die Summe von 75 fl. weit übersteige; wogegen der oberappellantische Anwalt behaupte, daß es sich hier nur um den Beweis von Auslagen und Verwendungen handle, welche der Rechtsvorfahrer der Klägerin für die

Beklagte gemacht habe, über welche Thatsachen der Zeugenbeweis nicht durch L. R. Satz 1341. ausgeschlossen sey.

Endlich wäre noch die Zuläßigkeit der Eideszuschiebungen einer Prüfung zu unterwerfen.

Wie nun das Collegium diese Fragen beantwortete, ergibt sich aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Der von jetziger Instanz von klägerischer Seite angetretene Beweis über die Richtigkeit der einzelnen Forderungsposten würde nicht durch die der Klage entgegen gehaltene Einrede des Vergleichs als unerheblich beseitigt werden.

Zwar steht dieser Einrede die Replik mit Grunde nicht entgegen, daß der fragliche Vergleich vom 12. December 1828. nicht auf die eingeklagten Forderungsposten bezogen werden könne, weil Vergleiche, nach L. R. Satz 2048. selbst wenn man auf alle Rechte, Klagen und Ansprüche Verzicht geleistet hat, immer auf den Gegenstand des verglichenen Streites beschränkt bleiben. Denn die Anwendung dieses Gesetzes setzt voraus, daß in der Vergleichsurkunde ein streitiges Recht, oder ein streitiger Anspruch speciell als Vergleichsgegenstand benannt worden ist. Dieses ist jedoch in der Vergleichsurkunde vom 12. December 1828. nicht der Fall, sondern nachdem darin die B.-schen Eheleute sich gegen die Beklagte als Schuldnerin eines Capitals von 500 fl. bekennen, so entsagen sodann in Folge dieses Versprechens, gedachte Eheleute sowohl, als die Beklagte, gegenseitig allen fernern Ansprüchen gegen einander, sie mögen Namen haben, wie sie wollen. Es handelt sich also hier um einen allgemeinen Vergleich in dem Sinne des L. R. Satzes 2057., in Folge dessen alle bis zum Zeitpunkte des Vergleichsabschlusses bestandenen wechselseitigen Ansprüche beider vertragsschließenden Theile als abgethan und aufgehoben anzusehen sind.

Allein für die rechtliche Existenz eines solchen allgemeinen Vergleichs ist die Urkunde vom 12. Decbr. 1828. keine gültige Beweisurkunde, weil dieselbe eine Privaturkunde über doppelseitige Zusagen, nämlich die wechselseitige Entsagung auf alle gegen einander habende Ansprüche ist, welche, nach L. R. Satz 1325., zu ihrer Gültigkeit die Ausfertigung in Doppelschrift erfordert hätte, deren Unterlassung die Folge hat, daß sich mit der befragten Urkunde allein die Existenz des behaupteten Vergleichs nicht erweisen läßt.

So wenig als die Einrede des Vergleichs, eben so wenig ist die andere Einwendung gegen den neu angetretenen Beweis gegründet, daß derselbe in jetziger Instanz nicht mehr zur Berücksichtigung geeignet sey, weil er schon in zweiter Instanz hätte angetreten werden sollen und können. Nach der hier noch anwendbaren ältern Gesetzgebung beschränken sich die Folgen eines derartigen Versäumnisses nur auf die Instanz, in welcher solches statt gefunden hat; es wird aber dadurch die Parthie nicht zugleich für die höhere Instanz der Rechtswohlthat zur Beibringung neuer Beweise verlustig, und dieses im vorliegenden Falle um so weniger, als vom Richter erster Instanz kein Zwischenbescheid erlassen worden ist, wodurch dem klagenden Theile der Beweis seiner Klage auferlegt worden wäre.

Was nun aber den Gehalt und die Beschaffenheit der Beweisantretung selbst betrifft, so konnte 1) der durch Zeugen angetretene Beweis nicht für zulässig erachtet werden.

Die bloße Thatsache, daß der verstorbene Accisor B. die behaupteten Auslagen und Verwendungen für die Beklagte gemacht haben soll, begründet für sich allein noch keinen klagbaren Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatzleistung dafür, sondern es muß zugleich das Vorhandenseyn eines Rechtsgrundes (Vertrag oder Halbvertrag) dargethan und erwiesen werden können, welcher zur Begründung einer Er-

satzverbindlichkeit auf Seiten der Beklagten zureichend und geeignet wäre.

Aus einer nützlichen Geschäftsführung läßt sich eine solche Verbindlichkeit der Beklagten nicht ableiten. Denn diese setzt, wie auch im L. R. Satz 1372. die Worte: „bis „dahin, wo das angefangene Geschäft vollendet ist, oder „der Geschäftsherr selbst dafür sorgen kann" — deutlich zu erkennen geben, voraus, daß derjenige, dessen Geschäfte besorgt werden, an deren selbsteigenen Besorgung verhindert ist, und ein Dritter von dieser Verhinderung Veranlassung nimmt, auch ohne erhaltenen Auftrag sich dieser Geschäftsbesorgung zu unterziehen.

Um also im vorliegenden Falle Ersatz von Auslagen und Verwendungen auf den Grund einer nützlichen Geschäftsführung von der Beklagten rechtlich begehren zu können, müßte vor Allem dargethan seyn, daß die fraglichen Verwendungen und Auslagen unter solchen Umständen geschehen, welche die Besorgung der Geschäfte Dritterer, auch ohne Auftrag des Geschäftsherrn, gesetzlich rechtfertigen, und aus welchen überdieß die Absicht des Accisors B. zu der Beklagten in das Verhältniß eines nützlichen Geschäftsführers treten zu wollen, unzweideutig erkennbar wäre; welche es also glaublich machte, daß es bei diesen Anschaffungen und Auslagen auch wirklich auf Wiedererſatz durch die Beklagtin abgesehen war.

Welche Verhältnisse und Umstände nun aber den Accisor B. zu diesen Anschaffungen und Auslagen veranlaßt haben, dieses wurde klägerischer Seits völlig unaufgeklärt gelassen.

Ist es also die Absicht der Klägerin gewesen, ihre Klage gegen die Beklagtin auf eine nützliche Geschäftsführung zu stützen, so ist ihre Klage unbegründet, und der darüber angetretene Zeugenbeweis, in so fern man ihn blos auf die Thatsache der für die Beklagtin gemachten Verwendungen und Auslagen beschränkt, unzulänglich.

Will dagegen der Grund der erhobenen Klage in dem Vollzug von erhaltenen Aufträgen, welche die Beklagtin dem verstorbenen Accisor B. zu dergleichen Anschaffungen und Auslagen ertheilt hätte, gesetzt werden, wie dieses der Beweisartikel 18. besagend:

„wahr, daß Zeuge bekennt, daß Accisor B. mehrfältige Auf„träge für die Wittwe Winkens gemacht und bestritten „habe.“

anzudeuten scheint, — so würde zwar ein solches bestehendes Auftragsverhältniß die Beklagtin, gemäß k. R. Satz 1999. allerdings verpflichten, dem Accisor B. nun seinen Erben, die Auslagen und Kosten seines verrichteten Auftrags zu ersetzen, allein in diesem Falle müßte vor Allem das Daseyn eines solchen Auftragsvertrags, kraft welchem Accisor B. die fraglichen Verwendungen und Auslagen bestritten hätte, erwiesen seyn, und die Herstellung dieses Beweises durch Zeugen ist im vorliegenden Falle gesetzlich unzuläßig.

Zwar kann, nach k. R. Satz 1985., ein solcher Auftrag auch blos mündlich gegeben werden; indessen wird Zeugenbeweis darüber nur nach den Bestimmungen des Titels von Verträgen zugelassen. Es findet demnach auch auf den Auftragsvertrag die Vorschrift des k. R. Satzes 1341., nach welcher bei einem Rechtsgeschäft von mehr als 75 Gulden kein Zeugenbeweis zuläßig ist, vollkommene Anwendung; von welcher allgemeinen Regel im vorliegenden Falle auch rücksichtlich der unter der Hauptsumme von 1101 fl. 50 kr. begriffenen kleinern Posten von 44 fl. 50 kr. und 27 fl. 50 kr. keine Ausnahme statt finden kann, weil, sobald mehrere, in der nämlichen Verhandlung eingeklagte unbeurkundeten Forderungen zusammen, den Betrag von 75 fl. übersteigen, nach k. R. Satz 1345. die Zulassung des Zeugenbeweises ausgeschlossen ist.

Auch der der Beklagtin über die einzelnen Forderungsposten zugeschobene Haupteid ist theils unerheblich, theils unstatthaft.“

Unerheblich ist derselbe, weil die Eideszuschiebung sich auf die bloße Thatsache beschränkt, daß Accisor B. die befragten Posten für die Beklagtin ausgelegt und bestritten habe, obschon diese, wie bereits angegeben, zur Begründung eines Ersatzanspruches an die Beklagtin für sich allein nicht hinreicht. Wollte dieser Ersatz-Anspruch auf einen von der Beklagtin dem Accisor B. ertheilten Auftrag gegründet werden, so hätte die Thatsache dieser Auftrags-Ertheilung zunächst Gegenstand der Eideszuschiebung seyn müssen. Wollte dagegen die Klage auf eine nützliche Geschäftsführung gegründet werden, so hätten die einzelnen Thatumstände, welche den Accisor B., auch ohne ausdrücklichen Auftrag der Beklagtin, sich der Besorgung ihrer Geschäfte anzunehmen, bewogen, und Letztere selbst daran verhindert haben, mit in die Eidesformel aufgenommen werden müssen.

Diese Eideszuschiebung ist aber auch Theilweise unstatthaft, weil nach L. R. Satz 359. die Zuschiebung des Haupteides nur über eigene Handlungen dessen, dem der Eid zugeschoben wird, statt findet.

Im vorliegenden Falle kann zwar die Beklagtin wissen, ob und was sie für Kleidungsstücke, ob sie eine Uhr und ein Badisches Loos von Accisor B. empfangen, ob sie ferner accisbare Weine eingekellert, und ein Kind auswärts in Kost und Pflege gehabt habe; — ob dagegen Accisor B. für die Beklagte wirklich 30 Fuhren auf 6 Stunden weit gethan, und, einschließlich der Zehrung, jedesmal einen Kostenaufwand von 11 fl. 30 kr. gehabt habe; ob ferner Accisor B. wirklich so beträchtliche Summen für angeschaffte Kleidungsstücke, für Verpflegungskosten des Kindes, Anschaffung einer Uhr u. s. w. ausgelegt habe, dieses konnten theils nur er selbst, theils nur diejenigen Personen wissen, bei denen Accisor B. die Einkäufe besorgt, oder an welche er die Zahlungen geleistet hat. Es könnte daher in keinem Falle eine Eideszuschiebung über die Größe der gehabten

Auslagen an die Beklagte statt finden, sondern diese müßte jedenfalls auf anderem Wege erwiesen werden, wenn zuvor die Ersatzverbindlichkeit der Beklagten an sich gehörig dargethan und erwiesen wäre.

Wenn endlich der Beklagtin der Eid auch noch darüber zugeschoben wird, ob sie nicht vom Ehemann der Klägerin ein der Letztern gehöriges Portrait sammt Kette erhalten habe, so ist diese Eideszuschiebung ebenfalls unerheblich. Einmal ist die Thatsache, auf welche das Rückforderungsrecht des Portraits sammt Kette gegründet wird, nämlich daß solches der Klägerin gehört habe, wiederum von der Beschaffenheit, daß darüber zwar die Klägerin, nicht aber die Beklagtin Kenntniß haben kann. Ausserdem gilt nach L. R. Satz 2279. bei Fahrnißstücken der Besitz statt Rechtsurkunde, und es würde daher die Klägerin, wenn ihr Mann ein Fahrnißstück veräussert haben sollte, was nicht in die Gemeinschaft, sondern der Klägerin allein zugestanden, nur eine Klage auf Ersatz des Werthes gegen ihren Mann gehabt haben.

Da also die eingeklagte Forderung in den beiden vordern Instanzen unerwiesen geblieben, der in jetziger Instanz angetretene Beweis aber theils unstatthaft, theils unerheblich ist, so mußten die Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen — lediglich bestätigt werden.

Zulässigkeit einer Streitverkündung.

(Pensionirter Zoller Hoffmann gegen Gr. Badischen Fiscus und den K. Baierischen Fiscus.)

Von dem Churfürsten Carl Theodor ward dem Hoffmann die Anwartschaft auf die Brücken- und Landzoll-

Bedienung in der Rheinschanze durch Rescript vom 18. Sept. 1789. ertheilt. Im folgenden Jahre ward er als Brückengeld-Erheber von dem Rheinbrücken-Commissair zu Mannheim, und als Landzoller in der Rheinschanze von dem Oberamte Neustadt in Pflichten genommen, auch kam er, als sein Schwiegervater im Jahre 1796. gestorben war, in den Besitz beider Dienststellen. Im Jahre 1829. ward er pensionirt, und weil er glaubte, an seiner Pension verkürzt zu seyn, so erhob er im Jahre 1831. eine Klage gegen den Großh. Badischen Fiscus. — Dieser excipirte unter andern: Der Landzoller-Dienst des Klägers in der Rheinschanze habe zum Oberamt Neustadt, somit auf die linke Rheinseite gehört. Daher komme es, daß Kläger am Normaltage nicht mehr im Besitze und Bezuge der Landzoller-Besoldung gewesen sey, da er diese Besoldung nur bis zum Lüneviller Friedensschluß — 9. Februar 1801. — bezogen habe, indem von dieser Zeit an die linke Rheinseite, sammt dem Oberamt Neustadt, Frankreich angehört, und Churpfalz von da keine weitern Einkünfte erhoben habe.

Der Kläger ward vom Hofgerichte zurückgewiesen; beim Oberhofgerichte wurde in der zweiten Instanz, unter mehreren andern, auch die Beschwerde aufgestellt, daß Kläger insbesondere mit seiner Forderung für den Landzoller-Dienst abgewiesen sey. Rücksichtlich dieser Beschwerde ward der Königlich Baierischen Regierung, als Besitzerin des Oberamtes Neustadt, **eventuel lis denunciirt, und gebeten, die Litis-Denuntiatin zur Mitvertretung des Klägers legali modo beizuladen.**

Diese Beiladung ward aber durch folgenden Beschluß zurückgewiesen:

„In Erwägung, daß 1) Kläger der Krone Baiern den „Streit verkündet, weil er im Falle seiner Abweisung mit „der gegen den Großh. Badischen Fiscus angestellten Klage, „dieselbe, als dermalige Besitzerin des ehemaligen Oberamtes

„Neuſtadt, für ſeine Beſoldung als geweſener Landzoller „der Rheinſchanze in Anſpruch nehmen will, dieſer Anſpruch „aber, d. h. die Frage: ob die Krone Baiern durch die „neuerliche Acquiſition des Oberamtes Neuſtadt Verpflich„tungen gegen die ehemaligen dortigen churpfälziſchen Diener „übernommen habe? aus dem öffentlichen Rechte zu ent„ſcheiden iſt, wofür alſo der Civilrichter nicht competent, „mithin auch nicht competent iſt, auf dieſen Grund hin „eine Streitverkündigung zuzulaſſen.“

„2) In fernerer Erwägung, daß nach dem §. 112. „der Proceßordnung nur demjenigen der Streit verkündet „werden kann, gegen welchen man im Falle des Unterlie„gens in dem Rechtsſtreite, wegen des Streitgegenſtandes „Gewährleiſtung oder Schadloshaltung fordern will; eine „ſolche Verbindung zwiſchen dem Klaganſpruche und dem „angeblichen Anſpruche an die Krone Baiern aber nicht „vorhanden iſt.“

3) „In Erwägung endlich, daß nach §. 117. der Pro„ceßordnung die Streitverkündung nur ſo lange geſchehen „kann, als der Litis-Denunciat, nach der Lage des Rechts„ſtreites, die ihm zu Gebot geſtandenen Angriffs- oder Ver„theidigungsmittel noch gebrauchen könnte, daß aber, nach„dem ſchon in erſter Inſtanz über alle ſtreitigen Thatſachen „auf Beweis erkannt worden, und nachdem nun die Appella„tions-Beſchwerdeſchrift eingereicht iſt, Litis-Denunciat darauf „beſchränkt wäre, den Appellanten in der Rechtsausführung „zu unterſtützen, mithin die Streitverkündung als verſpätet „erſcheint“ —

„wird das appellantiſche Geſuch, der Krone Baiern den „Streit zu verkünden, hiermit verworfen.“

Dieſe Entſcheidungsgründe waren in einem dem Collegio erſtatteten Gutachten dadurch motivirt.

Zum erſten Entſcheidungsgrund. Eine eventuelle Litis-Denunciation ſey ganz unſtatthaft, weil der

Appellant nicht gesagt habe, in quem eventum solche geschehe. — Wollte man annehmen, daß die Streitverkündung nur für den Fall geschehen sey, wenn Kläger mit seinem Anspruch an den Großh. Badischen Fiscus in zweiter Instanz abgewiesen werde, so setze sie einen Fall voraus, der nicht eintreten könne, denn werde Kläger auch in zweiter Instanz abgewiesen, so wäre der Proceß zu Ende, und eine Aufforderung zur Mitvertretung käme alsdann auf jeden Fall zu spät. Zudem wäre die Königl. Baierische Regierung unrichtig als Litis-Denunciatin bezeichnet, denn nicht diese Regierung, sondern Se. Majestät der König von Baiern sey Besitzer des ehemaligen churpfälzischen Amtes Neustadt. Auch wäre der Grund zur Litis-Denunciation, weil das Hofgericht den klägerischen Anspruch an die dermaligen Besitzer des Oberamtes Neustadt verwiesen habe, in den Acten nicht begründet.

Es müßte also diese Streitverkündung auf jeden Fall angebrachtermaßen verworfen werden, wenn es nicht klar vorläge, daß sie auch, abgesehen von jenen Mängeln, zu verwerfen sey.

Es zeige sich nämlich, daß die Krone Baiern, rücksichtlich der Ansprüche des Klägers, überhaupt nicht vor das Forum des Civilrichters gezogen werden könne. Wäre der Kläger am Normaltage nicht im Bezuge seines Gehaltes gewesen, so wäre es eine Frage des öffentlichen Rechts, ob Frankreich oder die Theilhaber der diesseitigen Rheinpfalz, und in welchem Verhältnisse, den Kläger für die verlorne Landzoller-Besoldung zu entschädigen hätten, so wie im ersten Falle, ob die Krone Baiern in dieser Beziehung Successor Frankreichs geworden sey.

Werde nun gleich, um der Litisdenunciation statt zu geben, nicht erfordert, daß der sie verfügende Richter der zuständige Richter für den künftigen Anspruch des Litis-Denuncianten sey, so müsse doch dieser Anspruch überhaupt Ge-

genstand der richterlichen Cognition seyn, um der Litis-Denunciation statt geben zu können.

Zum zweiten Entscheidungsgrund. Nach dem §. 112. der Proceßordnung könne eine Parthie nur denjenigen zu ihrer Vertretung beiladen lassen, von dem sie behaupte, daß er ihr, wegen des Streitgegenstandes, zur Gewährleistung oder zum Schadenersatze verbunden sey. Also wäre die privatrechtliche Verbindlichkeit des Litis-Denunciaten, dem Litis-Denuncianten für das im Streit befangene Recht als Autor, Cedent, oder Bürge Gewähr zu leisten, oder ihn schadlos zu halten, eine gesetzliche Bedingung für die Zulässigkeit der Streitverkündung. Hier aber stehe der Anspruch, welchen Kläger für den Fall seiner Abweisung mit seiner Forderung für den Landzoller-Dienst, auf den Grund des Besitzes des Oberamts Neustadt an die Krone Baiern machen wolle, für das Fundament der Klage gegen das Großherzogthum Baden durchaus in keiner solchen privatrechtlichen Verbindung, daß die Krone Baiern dem Kläger für dieses Klagrecht zur Gewähr verbunden wäre.

Es ward als Beispiel angeführt: wenn ein Armer eine durch Testament ihm vermachte Unterhaltsrente einklagte, und er seine Verwandten, von denen er im Falle der Abweisung Alimentation zu fordern gedächte, oder die Gemeinde seines Wohnortes, die ihn in Ermanglung anderer Mittel unterstützen müßte, litem denunciren wollte, um ihn gegen die Testamentserben zu vertreten.

Zum dritten Entscheidungsgrunde. Wenn der §. 117. der Proceßordnung sage: „die Streitverkündung „kann geschehen, so lange es dem Aufgeforderten nach der „Lage des Rechtsstreites noch möglich ist, alle erheblichen „Angriffs- und Vertheidigungsmittel zu gebrauchen, die ihm „überhaupt und von Anfang an zu Gebot standen" — so habe in diesem Falle der Litis-Denunciant seine Appellationsbeschwerdeschrift schon eingereicht.

Da nun nach übergebenem Libelle keine Nachträge an neuen Thatsachen und Beweismitteln von Seite des Appellanten mehr statt fänden, Vergl. O. H. G. Jahrbücher neue Folge, 2s Heft S. 164. — eine Beweisauflage in zweiter Instanz aber nicht mehr erfolgen könne, weil schon in erster Instanz auf den Beweis, daß Kläger am Normaltage in dem Bezuge seiner Besoldung gewesen, und wie hoch sich solche belaufen, erkannt sey, so würde dem Litis-Denunciaten nichts anders übrig bleiben, als den Kläger in seiner Rechtsausführung zu unterstützen. Der Proceß sey also nicht mehr in der Lage, daß der Litis-Denunciat alle erheblichen Angriffsmittel gegen den beklagten Großh. Badischen Fiscus gebrauchen könne.

Zwei Besitzklagen, welche seit Einführung des neuen Proceßrechts beim Oberhofgerichte vorkamen.

I.

Klage wegen entzogenen Besitzes eines Zehntens als Besoldungstheil.

(Neureuther gegen Hofdomainenkammer.)

Der Altvogt N. behauptete, bei seiner Anstellung als Vogt zu Handschuhsheim, seit 1794. einen Dritttheil des dortigen kleinen Zehntens als Besoldungstheil in Genuß überwiesen bekommen zu haben. Zugleich bescheinigte er, daß er durch ein Rescript der Gr. Hofdomainenkammer vom 21. Juni 1821. aus seinem bisherigen Besitz gesetzt worden sey; er verlangte auf den Grund des L. R. Satzes 544. e. in dem bisherigen Besitze geschützt zu werden.

Das niederrheinische Hofgericht erkannte, daß die Besitzklage nicht statt finde, und gründete seine Entscheidung darauf 1) daß zum Grunde einer Besitzklage äußere Besitzhandlungen, aus welchen sich ergäbe, daß der Kläger das unbewegliche Gut aus einem Grunde, der die Meinung eines Eigenthums-Erwerbs begründen könne, ruhig und ohne Störung von Seite des Beklagten inne gehabt habe — §. 750. der Proceß-Ordn. und L. R. Satz 544. c. — erfordert würden.

2) Daß der Kläger kein Eigenthumsrecht an den kleinen Zehnten anspreche, vielmehr nur im Bezuge eines Dritttheils geschützt seyn wolle, weil ihm solches als Besoldungstheil gebühre.

Auf ergriffene Appellation an das Oberhofgericht, erkannte dasselbe am 10. September d. J., daß die von dem unterrheinischen Hofgerichte für unstatthaft erklärte Besitzklage für statthaft zu erklären, und sofort zu Recht zu erkennen sey, daß Kläger, unter Verfällung des Beklagten in die Kosten beider Instanzen, im Bezuge des als Besoldungstheil bezogenen Zehentantheils zu schützen sey.

Entscheidungsgründe. 1) Kläger behauptet, auf den Grund seiner Anstellung als Vogt, ein Drittel des kleinen Zehntens als Besoldungstheil zu genießen, und auch bisher genossen zu haben, — aber durch ein Rescript der Gr. Hofdomainen-Kammer vom 21. Juni 1821. aus seinem deßfallsigen Besitz gesetzt worden zu seyn; als wovon auch der Beweis in dem eben gedachten Rescripte liegt.

2) Derselbe will daher auf den Grund des L. R. Satzes 544. c. in seinem Besitze geschützet seyn; was er auch, da sein Anspruch zunächst die Nutznießung eines Zehentrechtes zum Gegenstande hat, wovon seine Anstellung als Vogt und sein Dienstvertrag nur der entfernte Rechtstitel ist, — auf den Grund des §. 745. der neuen Proceß-Ordnung zu verlangen berechtiget ist.

Weßhalb denn 3) seine Klage allerdings statt findet, sofort auf den Grund des §. 1238. der neuen Proceß-Ordnung, in Verbindung mit deren §. 358., so wie geschehen erkannt werden mußte.

Bemerk. Eine Kritik des oberhofg. Erkenntnisses, insbesondere des Entscheidungsgrundes 3) findet sich in den Annalen der G. Badischen Gerichte 1r Jahrgang Nr. 51.

II.

Besitzklage wegen entzogenen jährlichen Holzbezugs.

(Evangelische Schule zu Weingarten gegen die Gemeinde Weingarten.)

In dem Orte W. herrschte vor Zeiten die in manchen Gegenden eingeführte Gewohnheit, daß die Schulkinder zur Heitzung der Schulstube, gewisse Scheiter Holz mitbringen mußten. Um diesem Uebelstande abzuhelfen, wurden in den Jahren 1813. und 1820. zwei sogenannte Gemeinderaths-Beschlüsse errichtet, und darin das aus den Gemeinde-Waldungen den verschiedenen Schulen zu W. abzugebende Holz bestimmt.

In der Folge wollte die Gemeinde eine Modification in dieser Holzabgabe eintreten lassen, dahin, daß sie für die Werktagsschulen 3 Klafter Holz in jener Gattung, in welcher die Bürgergabe verabreicht würde, und nicht, entweder 3 Klafter Buchenholz, oder 4 Klafter anderes Brennholz abgeben wollte.

Die evangelischen Schulen, mit dieser Aenderung nicht zufrieden, erhoben Klage, welche sie auf einen unvordenk-

lichen Besitzstand stützen wollten; und es erfolgte das Urtheil erster Instanz dahin:

„die imploratische Gemeinde sey mit Vorbehalt das pe„titorium schuldig und verbunden, sich gegen die Imploran„ten jeder Störung in dem Besitze ihrer Competenz-Holzge„rechtigkeiten zu enthalten, und habe somit den Imploranten „für die Werktagsschulen 3 Klafter buchenes, oder 4 „Klafter anderes gutes Brennholz, wie es die Bürger „erhalten, — der ehemals evangelisch-reformirten kleinen „Schule aber 3 Klafter buchenes, oder 4 Klafter anderes „gutes Brennholz, und für Haltung der Sonntagsschule „1 Klafter gutes Brennholz, wie es die Bürger erhalten, „zu liefern ꝛc.“

Die zweite Instanz bestätigte zwar dieses Erkenntniß; auf ergriffenen Recurs an das Oberhofgericht, änderte jedoch der höchste Gerichtshof die beiden vorinstanzlichen Urtheile dahin ab:

„der evangelische Kirchenfiscus sey als Vertreter der „evangelischen Schulen zu W. mit der erhobenen Besitzes„klage, vorbehältlich der petitorischen Klage, abzuweisen, „und in die Kosten aller Instanzen zu verurtheilen.“

Weßhalb das Oberhofgericht für den vorliegenden Fall die Besitzklage nicht für begründet hielt, ergibt sich aus folgenden

Entscheidungsgründen:

1) — betrifft die Oberappellations-Summe.

2) Die beim Oberamte Durlach angestellte Besitzklage bezeichnet als Klagobject ein den 3 evangelischen Schulen zu W. seit unvordenklichen Zeiten zustehendes, ihnen von der dortigen Gemeinde zu verabreichendes Besoldungsholz.

(Hier werden die Raten für die einzelnen Schulen aufgezählt.)

3) Zur Begründung der Klage wird sich auf ein unvordenkliches Herkommen, und auf zwei Gemeinde-Raths-Beschlüsse, vom 11. Feb. 1813. und 22. Juli 1820. bezogen.

4) Die Gemeinde bestreitet a) daß das Holz, welches den evangelischen Schullehrern von der Gemeinde verabreicht worden sey, die Qualität eines Besoldungsholzes derselben habe, indem es nur seit der Abstellung des Scheitertragens zur Heitzung der Schulstube verabreicht worden. b) Die Gemeinde will gleichwohl den evangelischen Schulen dieses Holz ferner verabreichen, nur mit der Modification, daß dieselben für die Werktagsschulen 3 Klafter Holz in jener Gattung, in welcher die Bürgergaben verabreicht würden, und nicht entweder 3 Klafter Buchen-Holz, oder 4 Klafter anderes Brennholz erhalten sollen.

5) Die klagenden evangelischen Schulen haben sich zur Begründung ihrer Klage auf einen unvordenklichen Besitzstand berufen, allein ein solcher ist nicht nur nicht erwiesen, sondern es beweist auch das Gerichtsprotocoll vom 11. Feb. 1813., daß die jetzt in Anspruch genommene Holzabgabe keine Besoldung der Schullehrer, sondern einzig und allein zur Heitzung der Schulzimmer an die Stelle der früher von den Kindern in die Schule gebrachten Scheiter bestimmt ist. Demnach geschah diese Abgabe von der politischen Gemeinde blos zu Gunsten der verschiedenen Kirchen-Gemeinden des Orts.

6) Betrachtet man nun die angerufene Urkunde als Zusage einer persönlichen Leistung, so würde die angestellte Besitzklage darum verworfen werden müssen, weil es sich alsdann um eine bewegliche Sache handeln würde, wobei der §. 744. der Proceß-Ordnung zur Anwendung kommen müßte, wonach Besitzklagen zur Erlangung eines verlornen Besitzes nicht statt finden.

7) Wenn man aber die fragliche Holzabgabe als eine den Gemeinde-Waldungen auferlegte Dienstbarkeit betrachten wollte, so würde dieselbe nur eine unständige seyn, und daher zur Begründung der Besitzklage das Berufen auf einen unvordenklichen Besitz nicht genügen, sondern dazu, nach

§. 747. der Proceß-Ordnung, der Rechtstitel der Erwerbung vorgelegt werden müssen.

8) Die vorgelegten beiden Urkunden von den Jahren 1813. und 1820. besagen aber nichts von einem unvordenklichen Besitze der Schulen in dem Bezuge des fraglichen Holzes, noch weniger begründen sie die behauptete Qualität dieses Holzes als competenzmäßiges Besoldungsholz der Schullehrer.

9) Vielmehr ist das Gerichtsprotocoll vom 11. Feb. 1813. diejenige Urkunde, wodurch die fragliche Holzabgabe erst bestimmt wurde, und bildet sonach den eigentlichen ursprünglichen Erwerbstitel.

10) Dieses Protocoll bildet, seinem Inhalte nach, eine zwischen dem Ortsgerichte und den Schullehrern der verschiedenen Kirchengemeinden getroffene Uebereinkunft; die Gemeinde behauptet aber eine formelle Ungültigkeit derselben, weil das Ortsgericht nicht berechtiget gewesen sey, ohne Zustimmung der Gemeindeglieder, dem Gemeindsvermögen eine solche Last aufzubürden. Aus gleichem Grunde bestreitet sie die Rechtsgültigkeit des Gerichtsprotocolls vom 22. Juli 1820. Diese Einrede wird durch den klaren Inhalt der Beilage **lit. B. Nr. 18. lit. i. und l.** zum Organisations-Edicte vom Jahre 1809. unterstützt.

11) Die klagenden Schulen haben zwar in den Verhandlungen behauptet, die in den vorgelegten Gerichtsprotocollen enthaltene Uebereinkunft sey amtlich bestätigt worden; eines Theils aber ist solches unerwiesen geblieben, andern Theils würde auch eine amtliche Bestätigung die gesetzlich vorgeschriebene Einwilligung der Gemeinde nicht ersetzen.

12) Die Kläger haben ferner diese Einrede, als bei der Besitzklage nicht zulässig, sondern nur zum petitorium gehörig erklärt, allein, deren Zulässigkeit ergibt sich klar aus der Bestimmung des §. 748. der Proceß-Ordnung, wonach Einreden, die den Rechtsstand selbst betreffen, dann

beseitigt werden müssen, wenn sie am Schlusse der Verhandlungen des Besitzprocesses erwiesen sind; dieses ist aber hier der Fall, da die von den klagenden Schulen vorgelegten Urkunden selbst den Beweis liefern, daß die darin enthaltene Uebereinkunft nur zwischen dem Ortsgerichte und den Schullehrern abgeschlossen worden ist.

13) Die angestellte Besitzklage ist demnach in jeder Hinsicht unbegründet u. s. w.

Bemerk. Zufolge der Entscheidungsgründe des Gr. Hofgerichts, ging dasselbe, bei Bestätigung des amtlichen Erkenntnisses, vornehmlich von folgenden Ansichten aus: 1) alles was klagender Seits über die Rechtsbeständigkeit der vorgelegten Urkunden, über die Rechtsverbindlichkeit der Gemeinde zur Lieferung des fraglichen Holzes, und über die vorgeblichen Ansprüche der Lehrer, dasselbe als pars salarii in Empfang zu nehmen, vorgetragen worden, gehöre nicht hierher, sondern zu dem Verfahren über den Rechtsstand, welches der Gemeinde in dem unterrichterlichen Urtheile ausdrücklich vorbehalten worden. 2) Es liege hier eine reine Besitzklage zur Erhaltung eines gestörten Besitzes in Frage, nach §. 743. der Proceß-Ordnung. 3) Durch die Auszüge aus den Weingartner Gerichtsprotocollen von den Jahren 1813. und 1820. sey der seitherige Bezug des fraglichen Holzes von Seiten der Lehrer, der Act der Störung von Seiten der Gemeinde aber durch den vorgelegten Erlaß des Gemeinde-Raths- und Bürgerausschußes zu W. vom 18. Dec. 1832. hinlänglich nachgewiesen. 4) Es wäre dieses auch von der beklagten Gemeinde keinesweges in Abrede gestellt, vielmehr seyen die producirten Urkunden nicht bestritten, sondern nur deren Bestand zu Recht angefochten worden. Dagegen hätte sie zur Vertheidigung ihrer Besitzstörung nichts Weiteres anzuführen gewußt, als die Behaup-

tung: daß das buchene Holz in den Waldungen zusammengehe, und daß aus diesem Grunde die Herrschaft, welche 93 Klafter aus der Gemeinds-Waldung zu beziehen habe, nun ebenfalls nur noch gemischtes Holz bekomme, und damit zufrieden sey.

Die dritte Instanz hat dagegen ihre entgegengesetzte Ansicht, vornehmlich in ihrem 5., 6. und 7. Entscheidungsgrunde ausgesprochen. Es war nämlich die Mehrheit des Collegii geneigt, die Holzabgabe lediglich als eine persönliche Leistung der verschiedenen Kirchengemeinden anzusehen, und da würde allerdings der §. 744. der neuen Proceß-Ordnung entscheidend seyn, vorausgesetzt nämlich, daß man den Besitz als verloren durch den Erlaß des Gemeinderaths vom 18. Dec. 1832. ansehen wollte, oder nicht vielmehr als einen gestörten, den das Hofgericht annahm. Der 7te Entscheidungsgrund nimmt jedoch auch den andern Fall vor Augen, wenn die Abgabe des Holzes als eine Dienstbarkeit betrachtet werden wollte, alsdann würde der §. 747. der Proceß-Ordnung anschlagen, und der Erwerbsgrund müßte hinlänglich nachgewiesen seyn, wenn in der Besitzklage derselbe berücksichtigt werden könnte.

Hier aber zeigt sich vornehmlich die Differenz in den Ansichten der beiden untern und der höchsten Instanz, welche die verschiedenen Resultate in der Entscheidung herbeiführte. — Während das Hofgericht viel Gewicht auf die Urkunden von den Jahren 1813. und 1820. legte, hielt der höchste Gerichtshof dieselben, ihrer Form und Rechtswirkung nach, für nicht entscheidend, wie solches aus den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen 8. — 11. näher hervorgeht. Die daraus hergenommenen Ansprüche könnten mithin nur in petitorio geltend gemacht werden, welche petitorische Ausführung im Urtheile ausdrücklich vorbehalten ward.

Wirkungen der Einkindschaft, wenn bei Auflößung der Ehe, für welche sie errichtet ward, nur zugebrachte Kinder des einen Ehetheils, und keine Kinder aus der letzten Ehe vorhanden sind.

(Späthische Wittwe gegen ihre Stieftöchter, Marie Anne und Elisabethe Spiegelhalter.)

In einem, zwischen Wendel Späth und Maria Ziegler am 9. Oct. 1793. errichteten Ehevertrage war unter andern festgesetzt:

Art. 3. „Weilen aus erster Ehe zwei Kinder vorhanden — „soll in Sterbfällen eines das andere erben." — Art. 4. „Soll unter den Kindern erster und letzter Ehe Einkind„schaft gehalten werden."

Die zweite Ehe blieb kinderlos; die S.-sche Frau, gebohrne Ziegler, starb im Jahr 1829., und schon im folgenden Jahre schritt der Wittwer zu einer weitern Ehe mit einer gewissen Kuttruf. Mit dieser errichtete S. einen Ehevertrag, in dessen 5. Art. er sie zur Universalerbin einsetzte, wenn die Ehe kinderlos bleiben sollte. Im Vergleichswege ward am 30. Jan. 1830. der väterliche Voraus und ihr mütterlicher Erbtheil den S.-schen Töchtern ausgefolgt. — Als nun S. im Jahre 1832. starb, ohne daß in der letzten Ehe Kinder erzeugt waren, so wollte das Amtsrevisorat den Nachlaß unter die beiden S.-schen Töchter erster Ehe und die Wittwe vertheilen; diese letztere verlangte aber vermöge des Art. 5. ihres Ehevertrags, den ganzen Nachlaß als Universalerbin ihres Mannes. — Weil das Amtsrevisorat auf diese Forderung der Wittwe nicht einging, trat sie mit einer Klage bei dem Amte Hüfingen gegen die S. — sche Tochter auf, in welcher sie den Erbansprü-

chen der Beklagten vornehmlich den Vergleich vom 30. Januar 1830. entgegensetzte. — Diese beriefen sich dagegen auf den Einkindschaftsvertrag von 1793., wodurch sie ein Erbrecht auf den Nachlaß des Wendelin S. erworben hätten, und widersprachen, daß sie durch den Erbvergleich vom 30. Jänner 1830. mit ihren Ansprüchen an diesen Nachlaß ausgewiesen worden.

Das Amt erkannte am 28. Dec. 1831.: 1) „Wird die „zwischen Wendelin S. und seinen angeheiratheten Töchtern, „Marie Anna und Elisabeth Spiegelhalter unterm 9. „Octob. 1793. eingegangene Einkindschaft als zu Recht be„stehend anerkannt, und folglich den Letztern Erbrechte an „dem Vermögensnachlasse ihres Stiefvaters eingeräumt."

„In Folge dessen u. s. w."

Die zweite Instanz erkannte: „es sey das amtliche Urtheil, „soweit die Berufung dagegen ergriffen worden, insofern „nämlich die Abweisung der Klägerin mit ihrem Begehren, „sie für die ausschließliche Eigenthümerin des Wendelin „Späthischen Nachlasses zu erklären, darin enthalten ist, „zu bestätigen."

In der Oberappellations-Instanz war die Bitte der Klägerin darauf gerichtet: die beiden vordern Urtheile dahin zu reformiren, daß die von den Oberappellaten zur Begründung ihrer Erbansprüche angeführte Einkindschaft als unwirksam zu betrachten sey, somit die Oberappellaten auf den Nachlaß ihres Stiefvaters gar keinen Anspruch zu machen befugt seyen, vielmehr solcher, in Folge des Ehevertrages vom 12. Februar 1830. der Wittwe Elisabethe Kuttruf allein zuzuweisen wäre.

Durch Urtheil des Oberhofgerichts vom 22. Oct. 1833. wurden die Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen lediglich bestätigt.

Bei der Deliberation kam die bekannte Controverse, welche die Ueberschrift dieses Aufsatzes angibt, zur Sprache; sie war in diesem Falle um so schwieriger zu beantworten, als im Fürstenbergischen, in welchem sich derselbe ereignete, darüber kein positives Recht besteht, wie es hin und wieder anderswo der Fall ist, z. B. in dem Pfälzer Land-Recht.

Der oberhofgerichtliche Respicient — es war schriftliches Verfahren zugelassen, — stellte seine zweite Frage dahin auf: ob die Einkindschaft, nach dem Tode der ersten Späthischen Ehefrau, Marie Ziegler, nicht von selbst aufgehoben oder gefallen sey, weil aus der Ehe des Wendelin Späth mit der Ziegler keine Kinder erzeugt worden?

Er machte auf die große Verſchiedenheit unter den deutſchen Particularrechten, und unter den Meinungen der Rechtsgelehrten, was dabei, in Ermangelung einer Entſcheidung der Landesgeſetze als Regel gelte, aufmerkſam; und ſtellte die beiden Theorieen von Runde im deutſchen Privatrechte §. 677. und von Puffendorf in **Obs. jur. universi T. 1. Obs.** 200. §. 19. und 20. nebſt den Lehren der Anhänger beider Meinungen gegen einander auf.

Das Collegium neigte ſich zu der Anſicht hin, daß die Erbrechte der Einkindſchaft fortdauerten, wenn auch nur ein Ehegatte Kinder in die Ehe gebracht hat, und in dieſer Ehe keine Kinder erzeugt ſind. Jedoch ward dieſe Meinung nur für den ſpeciellen Fall und aus beſonderen bei demſelben ſich ergebenden Umſtänden angenommen, wie aus folgendem Entſcheidungsgrunde ſich herausſtellt.

3) Da in der Ehe des Wendelin S. mit der Mutter der Beklagten keine Kinder erzeugt wurden, ſo entſteht zunächſt die Frage: ob deßhalb die Einkindſchaft nicht für aufgelößt erachtet werden müſſe? — eine Frage, in deren Beantwortung ſowohl die verſchiedenen alten deutſchen Land- und Stadtrechte, als die Meinungen der Rechtsgelehrten von einander abweichen. Bei dieſem Streite der Rechtslehrer, und bei dem Mangel entſcheidender geſchriebener Geſetze im Fürſtenbergiſchen, trat man der Meinung, nach welcher die aus der Einkindſchaft erworbenen Erbrechte der Kinder fortdauern, wenn auch nur ein Ehegatte Kinder in die Ehe gebracht hatte, und in dieſer Ehe keine Kinder erzeugt worden waren, für dieſen Fall als entſcheidend, in dem Betrachte bei, daß

4) Wenn auch gleich kein im Fürſtenthum Fürſtenberg beſtandenes Gewohnheitsrecht rechtsgenüglich nachgewieſen iſt, doch die Verſicherung des Unterrichters in ſeinen Entſcheidungsgründen, wonach dieſe Rechtslehre mit dem Gebrauche der dortigen Gegend übereinſtimmt, immer Rückſicht verdient; zumal das von Puffendorf **Obs. jur. univ. T. 1. Obs.** 200. angeführte Stadtrecht der dem Wohnſitze der ſtreitenden Theile nahe gelegenen Stadt Freiburg der Einkindſchaft gleiche Wirkung beilegt.

Digitized by Google

II.

Entscheidungen unter der Herrschaft des ältern Proceßverfahrens.

Wann tritt der Fall ein, daß der Cessionar, in analoger Anwendung des L. R. Satzes 1653., wegen einer „drohenden" Entwährung, den Kaufpreis für eine verkaufte Forderung zurückhalten darf?

(Rechnungsrath Will gegen Lazarus und Isak Katzau.)

Die Gebrüder Katzau hatten dem Rechnungsrath Will im December 1829. einen Schuldschein folgenden Inhaltes ausgestellt:

„Wir beide Unterschriebenen Einer für den Andern und „jeder für das Ganze, bescheinigen andurch, daß wir von „dem Rechnungsrath Will für eine gekaufte F. Leiningische „Obligation von 4000 fl., woran wir demselben noch schul„dig bleiben, nach der bereits geleisteten Zahlung, die Summe „von 2400 fl., und versprechen, dieses Geld in einem „Vierteljahr, jedoch ohne Zinsen zu zahlen u. s. w."

Gestützt auf diese Schuldurkunde, belangte W. die Gebrüder K. auf Zahlung des Restes von 2400 fl. — Dagegen ward excipirt: Kläger müsse seiner Seits erst die Verbindlichkeiten erfüllen, welche von dem Uebertrage der F. Leiningischen Schuldverschreibung auf ihm ruhten. Er müsse nämlich den anspruchslosen Werth der übertragenen Forderung nicht nur gewähren, sondern auch dafür haften, daß er zur Zeit des Uebertrages der Forderung das Recht wirklich gehabt hätte, was er übertragen habe. An beiden

Erfordernissen fehle es; sein Besitz sey von dem Schuldner, nach Satz 1690. noch nicht anerkannt, und die von ihm zu leistende Haftung, sey nach Satz 1694. noch nicht erfüllt worden. — Früher könnten die Beklagten nicht zur Erfüllung ihrer secundairen Verbindlichkeiten angehalten werden.

Diejenigen Personen, an die sie Beklagte die Forderung weiter cedirt hätten, hätten bei der fürstlichen Domainen-Kanzlei um Anerkennung ihres Rechtes gebeten, solche aber nicht erhalten können. Aus welchen Gründen diese Anerkennung noch nicht erfolgt sey, könnten sie nicht beurtheilen; allein sie dürften die Vertragserfüllung so lange verweigern, bis der Gegentheil das geleistet habe, was der Vertrag von ihm fordere. Bis dahin bitte man die Klage abzuweisen, und auf jeden Fall müßten sie erklären, daß sie nur gegen eine Caution von 2400 fl. die Zahlung leisten könnten.

Nach geschlossenen Verhandlungen in erster Instanz erfolgte der Amtsbescheid: „daß die Beklagten, unter solida-„rischer Haftung, schuldig seyen, die eingeklagten 2400 fl. „nebst Zinsen zu bezahlen — und werde denselben überlassen, „den abgetretenen Schuldner vor der competenten Behörde „zu belangen.“

In der Appellations-Instanz ward dieses unterrichterliche Erkenntniß lediglich bestätigt, und dagegen von den Gebrüdern K. die Oberberufung eingeführt. Zur Rechtfertigung derselben beriefen sie sich darauf, daß zwar das ergangene Urtheil nur dem Besitz gelte, indem die Entscheidungsgründe auf den Anspruchsweg in das **petitorium**, auf Klage zur Zahlung gegen den **Debitor cessus** hinwiesen. Dieses sey aber nach dem Landrechte zur Entwährung schon hinreichend, nach welchem das Eigenthum kraft Gesetzes übergehe, und die Uebergabe nach Satz 1604. allein den Zweck habe, die Sache in Besitz und Gewähr des Uebernehmers zu bringen.

Die Entwährung wäre eingetreten, sobald Besitz und Gewähr beseitiget seyen. Die Pflicht zur Gewährleistung müsse um so mehr Platz greifen, als sie in der Obliegenheit bestehe, den anspruchslosen Besitz zu sichern, und der im Besitzwege unterliegende Theil beides, den Besitz und die Anspruchslosigkeit desselben verloren habe.

Dann ward noch herausgehoben, daß die fragliche Obligation zwischen Will und der Fürstl. Leiningen'schen Standesherrschaft als eine streitige Sache angesehen sey, da letztere nicht nur urtheilsmäßig viele Forderungen an erstern für sich habe, sondern auch viele andere gegen ihn bei den Gerichten anhängig seyen; seines Recesses ad 84000 fl. nicht zu gedenken.

Will's ganzes Vermögen wäre daher als streitig anzusehen, denn dazu genüge die bloße Rechtshängigkeit, wenn auch nicht alle Forderungen an ihn schon liquid wären. Von der fraglichen Obligation gelte dieses um so mehr, als sie in fraudem der Standesherrschaft cedirt worden zu seyn scheine, weßwegen diese auch dagegen protestirt habe; sie wäre als Deckungsmittel für die Standesherrschaft bezeichnet gewesen, und nur unter Anderem deßwegen, wäre W. dem nachgesuchten Realarreste entgangen. — Die Bitte war: dahin abzuändern, daß die Beklagten entweder befugt seyen, die eingeklagte Restforderung ganz einzuhalten, oder doch nicht anders, als gegen Sicherstellung des Klägers zu zahlen schuldig seyen.

Die definitive Entscheidung des oberhofg. Pleni ging dahin: „daß die Beklagten, Oberappellanten schuldig seyen, „die gegen sie eingeklagte Forderung nur gegen eine von „dem Kläger, Oberappellaten zu leistende hinreichende „Sicherheitsleistung an denselben zu zahlen."

Ansicht des Referenten und der Minorität.

Bei dieser Deliberation waren die Ansichten getheilt.

Der Referent trug auf Bestätigung der beiden vorinstanzlichen Urtheile an, aus folgenden Gründen.

Hinsichtlich der der Klage entgegengesetzten Einrede sey es allerdings richtig, daß bei der Kaufweise geschehenen Cession (Cession im engeren Sinne), unter welche die vom Kläger an die Beklagten geschehene gehöre, dieselben Grundsätze gälten, wie vom Verkaufe einer Sache.

Besondere Vorschriften, dieses Rechtsgeschäft betreffend, beständen in Folgendem:

Die Uebergabe einer Forderung oder eines Klagrechtes wird durch die Uebergabe des Titels bewerkstelliget. L. R. Satz 1698.

Jedoch wird der Cessionar im Verhältnisse zu dritten Personen, insbesondere im Verhältnisse zu dem cedirten Schuldner, erst dadurch Eigenthümer der Forderung, daß dem Schuldner die Cession förmlich bekannt gemacht worden ist, oder dieser dieselbe angenommen hat, und so lange der Cessionar nicht auf solche Art das Eigenthum der Forderung erworben hat, können die Gläubiger des Cedenten darauf Beschlag legen.

Der Cessionar tritt in Beziehung auf die cedirte Forderung an die Stelle des Cedenten, dieser hat demselben, kraft Gesetzes, für die Zahlungspflichtigkeit des Schuldners, nicht aber für die Zahlungsfähigkeit desselben, Gewähr zu leisten. — Unter dieser Verbindlichkeit zur Gewährleistung ist insbesondere der Fall begriffen, wenn die Forderung zur Zeit der Cession durch Weltschlagung erloschen sey. **Sirey I.** 540.

Uebrigens ist, wie Zachariä **II.** Th. S. 328. (dritte Ausgabe) sagt, die Verbindlichkeit zur Gewährleistung für Forderungen, sie mag auf dem Gesetze, oder auf einer besondern Abrede beruhen, nach den Grundsätzen über die Gewährleistungs-Verbindlichkeit bei dem Kaufe zu beurtheilen.

Zufolge derselben sey der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer für den ruhigen Besitz der Sache Gewähr zu leisten, und diese Verpflichtung begreife in sich:

1) den Fall, da der Käufer, sey es kraft eines dem Dritten an der Sache zustehenden Eigenthumsrechtes, oder kraft eines einem Dritten zustehenden persönlichen Rechtes, das gegen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht werden kann, oder kraft der den Unterpfandsgläubigern zustehenden Rechte, aus dem Besitz der Sache gesetzt wird, oder gesetzt werden kann.

2) den Fall, wenn der Verkäufer dem Käufer die auf dem verkauften Grundstücke haftenden verborgenen Dienstbarkeiten verschwiegen hat.

In der analogen Anwendung dieser, für den Kaufvertrag überhaupt geltenden Grundsätze, auf die Cession von Forderungen, möchte es sich nun allerdings sagen lassen, daß, so wie der Käufer einer Sache, um die Klage auf Gewährleistung anstellen zu können, nicht nöthig hat, die Entwährung der Sache selbst abzuwarten, sondern daß es dazu genügt, wenn er nur einen hinreichenden Grund hat, die Entwährung zu fürchten; eben so der Cessionar einer Forderung, gegen welchen von einem Dritten die Compensation, folglich die zur Zeit der Cession bereits eingetreten gewesene Erlöschung der Schuld, behauptet wird, die Entwährungsklage dann anstellen könne, wenn er gegründete Ursache hat, zu fürchten, daß diese Behauptung von dem cedirten Schuldner vor Gericht gegen ihn geltend gemacht werden könne.

Wäre aber der Fall vorhanden, daß der Käufer oder Cessionar die Entwährungsklage anstellen könnte, dann werde er auch in dem Falle, wenn er von dem Verkäufer oder Cedenten auf Zahlung des Kaufschillings belangt wird, demselben die Einrede der bereits eingetretenen, oder bevorstehenden Entwährung entgegenstellen, und dadurch sich der

Gefahr entziehen dürfen, die gekaufte Sache oder cedirte Forderung, und außerdem den dafür gezahlten Kaufpreis zu verlieren.

Es frage sich nun, ob die von Beklagten angegebenen Verhältnisse, daß nämlich die F. Leiningische Domainen-Kanzlei gegen die fragliche Cession protestirt, auch dieselbe nicht angenommen habe, unter der Behauptung, eine weit größere Forderung an den Cedenten aus einem Dienst-Recesse zu haben, ihre Einrede hinlänglich begründeten? — Sey es richtig, daß die Verbindlichkeit zur Gewährleistung für Forderungen, nach den Grundsätzen über die Gewährleistungen bei den Kaufverträgen beurtheilt werden müsse, so werde es nur darauf ankommen, ob den Beklagten die cedirte Forderung wirklich entwährt sey?

Der L. R. Satz 1653. finde auf den Fall, wo der cedirten Forderung von dem Schuldner mit der Einrede der Wettschlagung gedroht ist, keine unmittelbare Anwendung; er könne blos vom Kaufe körperlicher Sachen reden, in so weit er eine schon angestellte oder gedrohte Zueignungsklage als einen Grund bezeichne, weswegen der Käufer das Kaufgeld zurückbehalten dürfe, weil diese Klage nur bei körperlichen Sachen statt finden könne. Zwischen dem Pfandrechte aber, welches etwa Jemand auf eine verkaufte Sache geltend machen will, und der Wettschlagung, bestehe der Unterschied, daß nur wegen der erstern eine Klage statt finden könne, das Recht der Wettschlagung dagegen von dem cedirten Schuldner wohl nie im Wege der Klage, sondern nur in dem der Einrede, geltend gemacht werde.

Trete aber der Fall ein, daß solches geschieht, dann würde der Cessionar seinen Anspruch auf Gewährschaftsleistung gegen seinen Cedenten auf den L. R. Satz 1693. stützen müssen, denn er würde alsdann ein Recht cedirt haben, welches er nicht besaß.

Nur in analoger Anwendung des L. R. Satzes 1653. könne es sich fragen:

ob es zur Zurückbehaltung des Kaufschillings genüge, wenn der Cessionar Grund habe, zu fürchten, daß ihm der cedirte Schuldner die Einrede der Wettschlagung entgegenhalten würde?

Eine Furcht vor der Klage könne bei der Wettschlagung nicht eintreten, denn es hänge von dem Käufer einer Forderung ab, den Schuldner, der ihm die Annahme der Cession verweigere, auf Zahlung zu belangen, und hierdurch zum gerichtlichen Vortrage der Einrede der Wettschlagung zu zwingen.

Eine solche Klage wäre aber bis zu diesem Augenblicke noch nicht von dem Beklagten angestellt; wäre dieses geschehen, so würde man in analoger Anwendung des L. R. Satzes 1653. sagen können, daß so, wie der Käufer einer körperlichen Sache berechtiget sey, den Kaufschilling zurückzuhalten, sobald er mit einer Pfand- oder Zueignungsklage angegriffen worden, eben so auch der Käufer einer Forderung berechtiget sey, den Kaufpreis zurückzuhalten, sobald der Schuldner, den er auf Zahlung belangte, ihm die Einrede der Wettschlagung entgegengesetzt hätte.

Specielle Gründe, warum die Beklagten ein Recht zur Einbehaltung des Kaufschillings behaupteten, wäre 1) weil die Domainen-Kanzlei die Anerkennung der Cession auf den Grund des L. R. Satzes 1295. verweigert habe.

Der Referent legte jedoch darauf kein Gewicht, indem die Bestimmungen jener Gesetzesstelle den natürlichen Satz enthielten, daß der Cessionar sich die Wettschlagung mit allen jenen Gegenforderungen gefallen lassen müsse, welche sein Cedent zur Zeit der Cession sich hätte entgegen setzen lassen müssen; daß aber dazu eine liquide Gegenforderung verlangt werde, sage der L. R. Satz 1291. deutlich.

Zur Zeit der Cession habe die Fürstliche Domainen-

Kanzlei keine liquiden Forderungen an den Cedenten zu machen gehabt; es könne also die bloße Erklärung derselben, die Cession nicht anerkennen zu wollen, für die Cessionare keinen Grund abgeben, den Kaufpreis einzubehalten. — Es würde hierher passen, was Brauer zum Satze 1653. sage, und jene Erklärung könne für nichts weiter gelten, als für eine Drohung, den Cessionarien die Einrede der Wettschlagung entgegen halten zu wollen, wenn sie die cedirte Forderung einklagen würden.

2) Einen weitern speciellen Grund zur Einbehaltung des Kaufschillings wollten die Beklagten darin finden, daß die Domainen-Kanzlei sich zur Begründung der Wettschlagung darauf berufen habe, daß der Kläger ihr gelegenheitlich der gegen ihn erhobenen Klage auf Beschlagnahme seines Vermögens, die cedirte Forderung als Sicherheitsmittel für ihre Ansprüche aus seinem Receß angewiesen habe.

Der Referent wies jedoch aus den Acten nach, daß die Domainen-Kanzlei auf das Anerbieten des W., die fragliche Obligation als Sicherungsmittel zu überweisen, gar nicht eingegangen sey, und daraus kein Recht auf eine Wettschlagung haben könne.

3) Endlich hatten sich Beklagte auch darauf berufen, daß sie mit ihrer gegen die fürstliche Domainen-Kanzlei erhobenen Klage, rechtskräftig abgewiesen seyen.

Es bemerkte der Referent, daß, obwohl diese Thatsache an sich wahr sey, sie doch die Sache der Beklagten nicht unterstütze, denn es wäre ein durch kein Gesetz unterstütztes Bestreben der Beklagten gewesen, ein richterliches Urtheil dahin zu erwirken, daß die Domainen-Kanzlei für schuldig erkannt werden sollte, die von Will an die Gebrüder Katzau geschehene Cession anzuerkennen. Es habe der Cessionar nichts weiter nöthig gehabt, um sein Recht gegen den cedirten Schuldner geltend zu machen, als daß er denselben von der geschehenen Cession in Kenntniß setzte. Ein

Anerkenntniß des Cessionars sey zur Gültigkeit des Cessions-Vertrages nicht nöthig; auf der andern Seite wäre aber auch der cedirte Schuldner nicht verbunden, über die Anerkenntniß der Cession eine ausdrückliche Erklärung abzugeben; er könne und dürfe schweigen, bis der neue Gläubiger von ihm die Erfüllung der Verbindlichkeit fordere. Erfülle er sie, so liege darin die Anerkennung des neuen Gläubigers von selbst; verweigere er sie aber, so könne dieser, auch ohne eine abgegebene Erklärung, daß er die Cession anerkenne, sein Recht gegen ihn verfolgen.

Daraus ergäbe sich, daß durch die behauptete Abweisung, an den durch die Cession erlangten Rechten der Beklagten, nicht die geringste Schmälerung vorgegangen sey.

Gegengründe des Instructivvotanten und der Majorität.

Der L. R. Satz 1653. sage: „ist der Käufer (also auch „der Cessionar) mit einer Pfand- oder Zueignungsklage an„gegriffen, oder **bedroht**, so mag er mit der Zahlung des „Kaufpreises zurückhalten, bis der Verkäufer die Störung „beseitigt, oder dagegen Sicherheit geleistet hat."

Nun wären zwar die Beklagten mit der Zueignungsklage noch nicht angegriffen, aber allerdings doch **bedroht**, da die Domainen-Kanzlei die Annahme der Cession aus dem Grunde verweigere, weil ihr ein Compensationsrecht auf das cedirte Object zustehe.

Wäre diese Forderung, die zur Compensation gebracht werden wolle, jünger als die Cession, so würden die Beklagten gegen diese Einsprache jedenfalls durch die Kundmachung der Letztern gesichert seyn, wäre sie dieses aber nicht, so blieben sie **bedroht**, weil eine dem Schuldner kund gemachte, von diesem aber nicht anerkannte Rechts-

übertragung, dieſen in der Wettſchlagung mit frühern Forderungen nicht hindere, nach L. R. Satz 1295.

Nun wäre zwar der erſtere Referent der Meinung, a) daß noch zur Zeit mit keiner dergleichen Zueignungsklage gedroht worden, weil die Domainen-Kanzlei auf die ihr geſchehene Bekanntmachung, nirgends ihres Pfand- oder Eigenthumsrechtes gedacht habe, überhaupt auch von einer Compenſation, ſohin von einer Entwährung keine Rede ſeyn könne.

Wenn aber, wie dieſes wohl anzunehmen ſeyn dürfte, die verweigerte Acceptation nicht ſchon an ſich die Bedrohung der Entwährung enthalten ſollte, ſo würde ſie doch in dem ſogenannten Einkaufsprotocolle deutlich genug ausgeſprochen ſeyn, indem es dort heiße:

„Dieſe Weigerung (der Acceptation) ſtützt ſich auf den „L. R. Satz 1295. und hat die Abſicht, dem dieſſeitigen „Compenſationsrechte gegen Will wegen ſeines Receſſes „nichts zu vergeben. Will hat ſelbſt dieſe Obligation in „dem bekannten Arreſtproceſſe als Deckungsmittel bezeichnet, „und dadurch mit den Arreſt beſeitigt. F. Domainen-„Kanzlei hat daher um ſo mehr das Recht, ſich daran, als „Sicherungsmittel zu halten, und ihre gefährdevolle Ver-„äuſſerung zu verhindern, jedenfalls für ihr Recht gegen „Dritte zu wachen.“

b) Wenn ferner der Referent behauptet hatte, daß die Forderung der Domainen-Kanzlei jünger als die Ceſſion ſey, weil ſie von einem vor ihr entſtandenen, und jetzt noch nicht einmal liquiden Receſſe herrühren ſolle, welche Forderung erſt mit dieſer Liquid-Erkennung ihre Entſtehung erhalte, — ſo ward dagegen erinnert: daß, wenn die Domainen-Kanzlei mit ihrer Klage gegen W. obſiege, und das Compenſationsrecht ihr zuerkannt werde, ſolches auf alle ihre Forderungen, die ſie früher an ihn gehabt, alſo auch auf den Receß, der vor ihr vorhanden geweſen, wenn er

auch erst später liquid gestellt würde, zurückwirken müsse. Diese also nicht erst von dem Tage des Urtheils, sondern von dem Zeitpunkte ihrer Entstehung an, als vorhanden erscheine, und daher die Compensation auch von der Zeit, wo die Obligation ausgestellt worden, eintreten würde; die cedirte Forderung daher von da an schon als getilgt erscheinen müßte.

c) Endlich wollte der Satz des Referenten: daß von einer Entwährungsklage noch gar keine Rede seyn könne, durch die Bemerkung widerlegt werden: daß von einer solchen drohenden und gedroheten Klage allerdings die Rede sey, wenn in dem angezogenen Protocolle die Domainen-Kanzlei erkläre, daß sie, indem sie das Compensationsrecht in Anspruch nehme, damit ihre Rechte gegen Drittere, sohin auch gegen die Cessionarien, zu wahren gedenke, und deßhalb die Acceptation der Cession verweigere.

Gegen die Ausführung des Definitiv-Referenten ward noch insbesondere erinnert, daß er vorzüglich von der Ansicht ausgehe, daß, um eine analoge Anwendung des Satzes 1653. ansprechen zu können, der Beklagte gegen die Domainen-Kanzlei nicht auf Acceptation der Cession, sondern auf Zahlung der cedirten Forderung hätte klagen müssen. Ob dieses jedoch zur Nachweisung der bedroheten Entwährung gerade nöthig sey, wäre zu bezweifeln, selbst angenommen, daß es möglich gewesen, die Klage auf Zahlung schon anzustellen, und angenommen, daß die gewählte nicht an die rechte Stelle gewiesen wäre. — Sey jedoch durch die verweigerte Acceptation folgeweise auch die Zahlung verweigert, und dieses auf den Grund, weil die cedirte Forderung nicht mehr existire, d. h. durch Compensation getilgt wäre, so sey dadurch die zu erwartende Entwährung nicht minder gedroht, als wenn die Zahlung selbst verweigert werde.

Wiewohl der Instructiv-Votant direct auf Abweisung der Klage angetragen hatte, so vereinigte man sich doch da-

hin, vom Kläger nur die hinreichende Sicherheitsleistung, um welche die Beklagten alternativ gebeten hatten, zu verlangen.

Bemerkung. Die Entscheidung des obigen Falls hing eigentlich von der Frage ab: ob, die Analogie der Cession einer Forderung mit einem Kaufe vorausgesetzt, — den Beklagten zur Zeit der angestellten Klage, eine solche Gefahr der Entwährung drohete, daß sie dieselbe als gültige Einwendung gegen die wider sie erhobene Schuldklage gebrauchen, und die Befugniß, welche Satz 1653. dem Cessionar ertheilt, anwenden konnten?

So viele Ansichten auch in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern über Cessionen und Entwährung vorkommen, so ist doch die aufgeworfene Frage nicht speciell darin erörtert. — Am nächsten würde der Sache der Aufsatz im Jahrgange 1826. S. 253. **No. XXXI.** kommen, wenn nicht dort der wesentliche factische Unterschied eingetreten wäre, daß der Kaufpreis für die cedirte Forderung schon ganz bezahlt war, mithin dieses Kaufgeld mittelst einer Gewährleistungs- und Entschädigungs-Klage zurückgefordert werden wollte, nicht aber, wie hier, eine bevorstehende Entwährung als Einrede gegen die Zahlung gebraucht ward.

Indessen wurden bei jener Deliberation einige Sätze aufgestellt, die allerdings auch auf diesen Fall von Einfluß seyn können. So ward a) vorausgesetzt, daß, wenn der Kaufschilling für die cedirten Forderungen noch nicht bezahlt sey, der Käufer, nach Satz 1653. wohl berechtiget seyn würde, das Kaufgeld so lange zurück zu halten, bis der Verkäufer die Störung beseitige, oder Sicherheit leiste. b) Ebenso hat das Oberhofgericht sich mehrmals zu der Ansicht hingeneigt, wie es zu einem **nomen verum** gehöre, daß die Forderung nicht nur an sich richtig sey, sondern

auch durch weit aussehende Einreden in ihrer Exigibilität nicht aufgehalten werde. — **Nomen quod non modo debetur, sed etiam exceptionibus peremi nequit.** D. H. G. Jahrbücher von 1823. S. 286. L. R. Satz 1693.

Ob nun aber die bloße Verweigerung des **debitoris cessi**, die Cession zu acceptiren, diese Wirkung hervorbringe, wird einigermaßen zweifelhaft bleiben. — Der in jenem Aufsatze der Jahrbücher allegirte **Bohmer in dec. et cons. P. II. pag. 4.** sagt: „**in cessione nominis sufficit, verum esse nomen. Sola debitoris negatio haud evincit, verum non esse debitum.**“

Indessen war in diesem Falle die Erklärung der Domainen-Kanzlei so motivirt, daß mit Gewißheit daraus abzunehmen war, wie der Cessionar nicht ohne Rechtsstreit zu seiner Forderung gelangen werde. Im Grunde ward auch dadurch bestritten, daß die Forderung zur Zeit der Cession ein **nomen verum** gewesen sey, indem behauptet ward, daß schon damals die Existenz der Schuld aufgehört habe, da sie **ipso jure** wettgeschlagen sey.

Entschädigungs-Verbindlichkeit des Verpächters eines Gutes gegen seinen Pächter, für geleistete Kriegsfrohnden.

(Muth gegen die Grundherrschaft von Menzingen.)

Jacob Muth hatte mit einigen Andern den Bestand des grundherrlichen Meiereigutes und der Schäferei zu Menzingen auf neun Jahre übernommen, und war während der bis zum Jahre 1818. verlängerten Bestandszeit häufig mit Einquartirung, Vorspann und sonstigen Kriegslasten in Anspruch genommen worden, wofür die Gutsherr-

schaft zwar bis zum Jahre 1815. Entschädigung geleistet, von da an dieselbe aber verweigert haben sollte. Deßhalb trat Muth, dem die übrigen Pächter ihre Ansprüche cedirt hatten, mit einer Klage auf Entschädigung auf, welche er durch die L. R. Sätze 1719. und 1727. a., so wie durch den §. 7. seines Bestandsvertrags begründen wollte. Diese letztere Stelle lautete: „werden den Beständern alle Ge„bäude und Güter zehend-, frohnd- und steuerfrei, ohne die „mindeste Realbeschwerde übergeben, wobei dieselben zu aller „Zeit geschützt und gesichert werden sollen."

Der Klage ward entgegengesetzt, daß die Pächter bei ihrem Abzuge mit der Gutsherrschaft abgerechnet hätten, ohne einer Entschädigung wegen Kriegsfrohnden zu erwähnen. Ihrer jetzigen Anforderung ständen die L. R. Sätze 1719. und 1727. a. nicht zur Seite, da das neue Landrecht auf einen im Jahre 1800. abgeschlossenen, und im Jahre 1809. erneuerten Bestandsvertrag keine Anwendung finde, auch jene Sätze deßhalb nicht für den Kläger sprächen, weil die Vorspannspflicht auf dem Zugvieh, nicht auf den Gütern, hafte. — Der Vertrag im §. 7. spreche nicht von Ansprüchen, die in Kriegszeiten an das Vieh gemacht würden; diese fielen den Gutsbeständern, welchen das Zugvieh gehöre, zur Last.

Das Hofgericht des Mittelrheins legte durch Zwischenbescheid der beklagten Grundherrschaft einen Beweis dahin auf:

„daß Kläger und dessen Pacht-Consorten ihr Pacht„verhältniß mit der Grundherrschaft bei ihrem Abzuge „regulirt, und daher auf eine Entschädigung wegen „Kriegsfrohnden verzichtet haben; ingleichen, daß und „wie viel in den im vorgelegten Verzeichniß enthalte„nen, durch Kläger und Consorten geleisteten Spann„frohnden, auf Rechnung der Gemeinde Menzingen,

„und nicht von den Gutspächtern als solchen geleistet „worden seyen ꝛc. ꝛc.“

Dem Kläger aber ward der Beweis nachgelassen: „daß „er respect. seine Consorten, bei definitiver Abrechnung mit „der Grundherrschaft, sich die Entschädigungs-Ansprüche für „geleistete Kriegsfrohnden vorbehalten habe; ferner, daß „und welche Vergütungen während der Bestandsjahre 1800. „bis 1818., einem oder dem andern Pächter für Einquar„tirung, Vorspann oder sonstige Kriegskosten von der „Grundherrschaft geleistet worden seyen.“

Nach zugelegten Verhandlungen im Beweisverfahren, erkannte das Hofgericht am 17. Octob. 1831: „daß die „beklagte Grundherrschaft für schuldig zu erklären sey, für „die von dem Kläger, zufolge angestellter Klage, geleisteten „Kriegsfrohnden, eine Vergütung von einem Drittel des „Betrags, worüber vorerst noch in separato zu verhandeln „sey, — sammt Zinsen vom Tage der Klage zu entrichten, „compens. expensis.“

Von diesem Erkenntnisse appellirte die beklagte Grundherrschaft, und glaubte sich dadurch beschwert, daß ihr auferlegt worden, den dritten Theil der vom Kläger und Consorten geleisteten Kriegsfrohnden zu vergüten. Zur Rechtfertigung dieser Beschwerde ward angeführt: 1) daß es ungewiß sey, ob die in dem von dem Kläger producirten Verzeichnisse enthaltenen Fuhren für die Gutsherrschaft oder die Gemeinde geleistet worden. 2) Der Pachtvertrag spreche nicht von Kriegs-, sondern von Herrenfrohnden, und die k. R. Sätze 1719. und 1727. a. seyen nicht anwendbar. 3) Dagegen wäre das Hofgericht von dem Satze ausgegangen, daß das 6te Constitut. Edict im Allgemeinen die Verpflichtung des Pachtherrn zu solchen Kriegsfrohnden ausspreche, obgleich sie nach der Ministerialverordnung von 1810. nur auf das Zugvieh ausgeschlagen worden. Es ward aber widersprochen, daß in diesem Constitutions-Edicte eine Be-

stimmung zu finden wäre, wie es mit den Kriegs-Fuhr-Frohnden zu halten sey. Dagegen sage die Verordnung vom 18. April 1820. ganz bestimmt, daß, wenn Güter in Zeitbestand gegeben seyen, der Pächter, dem das Zugvieh gehöre, auf dem die Frohndpflicht hafte, diese Frohnden zu leisten habe, ohne daß einer Entschädigung erwähnt werde.

Nach geschlossenen Verhandlungen in der Appellations-Instanz, erkannte das Oberhofgericht am 25. October d. J. abändernd:

„daß Kläger mit seiner aufgestellten Entschädigungs-„forderung, unter Verfällung in die Kosten, ab- und „zur Ruhe zu verweisen sey."

Zu diesem reformatorischen Erkenntnisse ward es durch folgende Gründe bewogen.

Die Klage auf Entschädigung sollte begründet werden a) aus dem Pacht-Contracte und b) aus den Gesetzen.

Zu a) ward angenommen, daß, wenn aus dem §. 7. des Pachtvertrags (S. oben) eine Verbindlichkeit der Grundherrschaft zur Entschädigung abgeleitet werden sollte, die Kriegsfuhrfrohnden eine Last seyn müßten, welche auf den verpachteten Gebäuden und Gütern haftete.

Als eine Reallast möchte man sie jedoch weder nach dem gemeinen, noch nach dem Badischen Particularrecht ansehen können. Runde in seinem deutschen Privatrechte §. 493. rechne sie unter die Leistungen, welche die Bauern als Unterthanen zum Besten des Staats zu prästiren hätten, und füge hinzu:

„da übrigens der Bauer bei den Landfrohnden als Un-„terthan dient, so nimmt man ihn, wie er bespannt „ist, ohne darauf zu sehen, wie er nach der Beschaffen-„heit seines Gutes bespannt seyn sollte."

Also sey darnach das Spannvieh der Gegenstand, auf welchem dergleichen Landesfrohnden haften sollten, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des Gutes, welches der

Bauer besitze, zu dessen persönlichen Verbindlichkeiten gegen den Staat es gehöre, mit seinem Zugvieh zu dienen.

Es ward erörtert, daß auch die Badische Particular-Gesetzgebung sich nicht minder deutlich über diesen Gegenstand ausspreche. Denn so sage der §. 3. der Ministerial-Verordnung vom 18. April 1810. (Reg. Blatt No. XVIII. S. 121.):

„die Concurrenzverhältnisse der Frohndpflichtigen zu „den Frohndleistungen sind bei den Handfrohnden nach „der Zahl der frohndbaren Mannschaft, bei Fuhrfrohn„den aber nach der Zahl des zum Güterbau gebrauch„ten frohndbaren Zugviehes zu bestimmen."

Obgleich mit diesem Satz nur vorzüglich der Maaßstab zur Repartition der Hand- und Fuhrfrohnden ausgesprochen worden, so sey doch nebenbei nicht minder klar ausgedrückt, daß die Landes- somit auch die Kriegsfrohnden nicht auf den Feldgütern, sondern auf der frohndbaren Mannschaft respect. auf dem Zugvieh hafteten.

Daß aber diese Verordnung dasjenige Zugvieh insbesondere bezeichne, welches zum Güterbau gebraucht werde, könne keinen Grund abgeben, die Kriegsfuhren für Gutslasten zu erklären, vielmehr scheine es, daß damit nichts anders, als die Art des Zugviehes habe bezeichnet werden wollen, welches zu Kriegsfrohnden beigezogen werden solle.

Seyen demnach die Kriegsfuhren nicht zu den Lasten zu zählen, die auf dem Grundvermögen hafteten, sondern als ein Ausfluß der Unterthanspflichten, so werde man sich leicht überzeugen, daß weder im Wortlaute noch im Sinne des Pachtvertrages ein Grund zu der angestellten Entschädigungsklage sich finden lasse. — Könnte aber auch über den Sinn dieses Vertrages ein Zweifel entstehen, so müßte doch nach L. R. Satz 1162. gegen den Kläger, der deutlicher hätte reden sollen, die Auslegung geschehen.

Zu b). Auch aus dem Gesetze lasse sich die Klage nicht

begründen. Es werde sich vom Kläger auf die L. R. Sätze 1719. und 1727 a., auf 608. und 609., und endlich auf eine nützliche Geschäftsführung berufen.

Obgleich es nun allerdings nach L. R. Satz 1719. zu den Obliegenheiten des Verpächters gehöre, dem Beständer während der Dauer des Bestandes den ruhigen Genuß der Sache zu gewähren, — obgleich der Bestandsgeber nach L. R. Satz 1727 a. alle Lasten der Sache zu tragen habe, welche nicht dem Beständer einbedungen seyen, — obgleich endlich der L. R. Satz 609. bestimme, daß der Eigenthümer diejenigen Lasten tragen müsse, welche während der Nutznießung dem Eigenthume selbst auferlegt würden; so könne daraus doch eine Verbindlichkeit der Grundherrschaft zur Leistung der Kriegsfuhren oder eines Ersatzes für ihre Pächter nicht abgeleitet werden.

Es gäbe nämlich der L. R. Satz 1725. an die Hand, daß, wenn wirklich eine Genußstörung in dem Pachtgute erwiesen vorläge, doch nie von einer solchen die Rede seyn könne, wofür der Bestandgeber eine Gewährschaft zu leisten habe.

Darnach wäre nämlich der Bestandgeber nicht schuldig, dem Beständer gegen solche Störungen im Genusse Währschaft zu leisten, welche durch Thätlichkeiten dritter Personen entständen, ohne in einem Rechtsanspruch auf die Sache selbst gegründet zu seyn.

Wenn Kriegstruppen zum Transport der Kriegsbedürfnisse Fuhren requirirten, und dazu Gutspächter zur Mitleidenheit gezogen würden, so wären dieses dritte Personen, durch deren Thätlichkeit eine Störung herbeigeführt werde, und es könne nicht behauptet werden, daß damit eine Rechtsansprache auf die Sache selbst begründet werden wolle.

Daneben müsse man in Betracht ziehen, daß dergleichen Leistungen auf höherer Gewalt beruhten, somit als Zufälle erschienen, die stets den Eigenthümer selbst treffen, also hier

den Pächter als Eigenthümer des Zugviehes; und daher könne eine Entschädigungsklage auf den Satz 1148. nicht gegründet werden.

Aus dem Grunde, daß Kriegsfrohndfuhren keine Gutslasten seyen, fänden auch die weitern Sätze 1727., 608 und 609. keine Anwendung, weil der Fall nicht vorhanden sey, den sie zu ihrer Wirksamkeit unterstellten, da es nicht bestritten wäre, daß das Zugvieh Eigenthum der Pächter gewesen sey.

Eine nützliche Geschäftsführung könnte eine Ersatzklage nur dann begründen, wenn die Grundherrschaft aus irgend einem Grunde selbst schuldig gewesen wäre, die Kriegsfrohnden zu leisten.

Dieses sey aber nicht der Fall, vielmehr spreche die allegirte Ministerialverordnung vom Jahr 1810. in ihrem §. 3. die Regel aus, daß, wenn Güter in Erb- oder Zeitbestand gegeben seyen, der Pächter die Frohnden zu leisten habe.

Es würde nun zwar diese Vorschrift der Entschädigungsklage nicht im Wege stehen, wenn den Beklagten aus dem Vertrage oder Gesetze eine Ersatzverbindlichkeit obläge, weil sie eine bloße Vollzugsordnung sey, und damit nichts anders habe verfügt werden wollen, als an wen sich die Frohndschreiberei in dem gegebenen Falle, wegen der Frohndstellung zu wenden habe. Darum könne auch der Nachsatz in dieser Verordnung:

„werden die Güter im Lohn gebaut, so leistet der Eigen„thümer die Frohnden nach dem Verhältnisse der thierischen „Kräfte, welche, nach einer billigen Abschätzung, seine Güter, „durch eigenes Zugvieh gebaut, erfordern würden" — von keiner Erheblichkeit seyn.

Eine Inconsequenz scheine allerdings darin zu liegen, daß in der ersten Periode dieses Satzes das Zugvieh als Object genannt sey, auf welches die Frohndrepartition geschehen solle, und doch auch der Güterbesitzer ohne Zugvieh

für Concurrenzpflichtig erklärt werde. Allein diese Stelle könne keinen Einfluß auf den zu entscheidenden Fall haben, weil sie ihn nicht berühre, weil sie von einem ganz andern Fall spräche, als der hier in Frage liege, und weil sie daher, als ein Satz einer bloßen Vollzugsverordnung, nur da angewendet werden könne, wo der Fall vorhanden sey, den sie speciell berühre.

Demnach habe die Majorität des Hofgerichts vorzüglich aus diesem Grunde, indem sie die Kriegsfrohnden nicht blos für eine Last des Eigenthümers, sondern auch theilweise für eine Last des Ertrages angesehen, ferner indem sie die Rechtsähnlichkeit des L. R. Satzes 608. berücksichtigt, und endlich in Bezug auf einen früher entschiedenen Fall, die Klage in so weit für begründet erachtet, daß der Grundherrschaft die Vergütung von einem Drittheil des eingeklagten Betrags, nähere Liquidation vorbehaltlich, aufzulegen sey.

Das Oberhofgericht überzeugte sich jedoch davon nicht, daß in diesem Falle ein sogenanntes richterliches aequum et bonum Platz greifen könne, wo für die Beitragsschuldigkeit des verpachtenden Gutsbesitzers weder in quali noch in quanto eine gesetzliche Bestimmung vorliege, und auch der Pachtvertrag den Richter dazu nicht ermächtige.

Da das Collegium die Klage nicht für begründet hielt, so konnte es auf die derselben entgegengesetzten Einreden nicht weiter ankommen.

Bemerk. Das einzige von dieser Ansicht abweichende Votum verdient hier näher angeführt zu werden.

Es setzte voraus, daß es lediglich auf die Frage ankommen werde: ob die Leistung der Kriegsfrohnden eine auf dem Gute gehaftete Last gewesen sey? — und bemerkte in dieser Hinsicht.

Nach den ältern Gesetzen gehören die Kriegsfuhren unter die Grundbeschwerden, denn sie werden von dem Inhaber des Zugviehes lediglich darum gefordert, weil er solches zum Güterbau nöthig hat. Hält nun der Pächter eines großen Gutes das zum Bau desselben nöthige Zugvieh, und muß er solches zu Kriegsfuhren verwenden, so trägt er damit nicht eine ihm persönlich aufliegende Last, sondern eine solche, welche auf dem Gute haftet. Es fehlte daher früher auch nicht an Particulargesetzen, welche die Gutsverpächter ausdrücklich zur Vergütung der von dem Pächter geleisteten Kriegsfuhren für verpflichtet erklärten, wie solches z. B. in der Pfalz der Fall war. — Auch die dermalige Landesgesetzgebung scheint über diesen Punct keinen Zweifel übrig zu lassen. — Denn die betreffende Stelle der Ministerialverordnung vom 18. April 1810. will in der That nichts weiteres sagen, als die Güterbesitzer leisten die Fuhrfrohnden im Verhältniß des darauf nothwendig zu haltenden Viehstandes; denn der Besitzer von Zugvieh, der solches nicht zum Güterbau hält, leistet keine Fuhrfrohnden.

Die weitere Bestimmung jener Verordnung: „Sind Güter in Erb- oder Zeitbestand gegeben u. s. w.“ (s. oben) — bestätigt nicht allein, daß die Fuhrfrohnden eine Reallast seyen, sondern es zeigt sich auch daraus, daß diese Bestimmung bloß die Frage entscheidet, an wen sich die Administrativbehörde, hinsichtlich der Leistung der Frohnden, zu halten habe.

Dadurch sollten aber die aus Verträgen entstandenen Rechtsverhältnisse zwischen Verpächtern und Pächtern überall nicht angegriffen werden, wie denn eine Verordnung der Art den L. R. Sätzen 1727 a. und 608. gerade entgegen seyn würde.

Sind aber die Fuhrfrohnden wirkliche auf dem Güterbesitze haftende Lasten, wie solches aus der Verordnung von 1810. folgt, so hat auch der Bestandgeber dem Beständer

dafür Entschädigung zu leisten, weil dieser eine jenem aufliegende Last getragen hat.

Dieses Votum hielt die Klage für begründet, und verbreitete sich daher noch über die Einreden, welche dasselbe nicht für erheblich ansah, daher es auf Bestätigung des hofgerichtlichen Erkenntnisses concludirte.

Kann die durch die Eheordnung §. 49. lit. e. dem unschuldig geschiedenen Ehegatten zugewiesene Quart des ehemännlichen Vermögens, noch jetzt neben den L. R. Sätzen 300. und 301. fortbestehen, oder ist sie durch diese aufgehoben?

(Maximiliane Faller gegen ihren geschiedenen Ehemann Joseph Weiß.

Es war die Weißische Ehefrau, gebohrne Faller, durch rechtskräftiges Urtheil, von ihrem Ehemann, auf den Grund erlittener harter Mißhandlungen und grober Verunglimpfungen geschieden worden, und verlangte in der Folge den vierten Theil des ehemännlichen Vermögens als Entschädigung, zufolge des §. 49. lit. c. der Eheordnung. — Wirklich ward ihr auch von den beiden untern Instanzen diese Entschädigungsquart zugesprochen.

Als der Ehemann diesen Rechtsstreit in die dritte Instanz brachte, fand man die Klage durch den angerufenen Paragraph der Eheordnung vollkommen begründet; es kam also nur die vom Beklagten entgegengesetzte Einrede, daß jene Gesetzesstelle nicht mehr anwendbar sey, weil sie

durch die L. R. Sätze 300. und 301. aufgehoben worden, in nähern Betracht.

Man berücksichtigte bei Beantwortung dieser Frage zuerst den §. 18. des ersten Einführungsedictes zum Landrechte, und ferner den L. R. Zusatz 311. a., wo es heißt:

„Die Eheordnung vom Jahre 1807. gilt in jenen Rechts-
„beziehungen noch fort, welche neben den oben verordneten
„bestehen können, so wie sie in ihren polizeilichen Beziehun-
„gen ohnehin hierdurch nicht aufgehoben ist."

und warf die weitere Frage auf: ob die Bestimmungen des §. 49. lit. c. der Eheordnung neben der Verfügung der L. R. Sätze 300. und 301. bestehen könnte?

Nicht nur Brauer in den Erläut. B. 1. S. 216—216, und B: 3 S. 363—365, so wie S. 400—402, hieß es, bejahe diese Frage, und auch die Rechtsbelehrung vom 30. Nov. 1811 (Rggsbltt. v. 1811 S. 159. 160), sondern auch abgesehen davon, wäre die fortdauernde Gesetzeskraft des §. 49. lit. c. der Eheordnung, zu Gunsten des unschuldig geschiedenen Ehetheils aus folgenden Gründen anzunehmen.

Der gedachte Paragraph der Eheordnung wäre nirgendwo in dem neuen Landrechte ausdrücklich abgeändert, wie er es nach §. **XVIII.** des ersten Einführungsedictes zum Landrechte seyn müßte, um nicht mehr angewendet werden zu können.

2) Die Tendenz dieses Landrechts gehe hauptsächlich dahin, zu verhindern, daß der durch seine unrechte That die Ehescheidung herbeiführende schuldige Ehetheil dadurch nichts gewinne. Darum solle er, zufolge L. R. Satz 300., von den Zusicherungen, welche er dem andern Ehetheile im Ehevertrage machte, durch die gegen ihn erkannte Ehescheidung nicht frei werden; und darum solle er von der Unterhaltspflicht, welche ihm zufolge L. R. Satzes 212. und 214. gegen den andern Ehegatten obliege, in Gemäßheit L. R. Satzes 301. nicht befreit seyn.

3) Weiter aber gehe die Tendenz des §. 49. der Eheordnung dahin, daß der schuldige Theil zu den Verbindlichkeiten, welche er bereits vor der Ehescheidung gegen seinen Gatten gehabt, noch eine neue Verbindlichkeit gegen denselben überkommen solle.

4) Da diese letztere Verbindlichkeit recht wohl neben derjenigen bestehen könne, welche der schuldige Ehetheil schon vor der Ehescheidung auf sich gehabt, so sey dieses auch der Fall mit den Sätzen 300. und 301. des neuen Landrechts neben der Eheordnung.

5) Wenn behauptet werden wolle, daß nach dem Geiste des ursprünglichen französischen Rechts, der unschuldig geschiedene Ehegatte ein Mehreres nicht an den schuldigen verlangen könne, als was ihm die Sätze 300. und 301. zuerkennten, so sey dieses um so mehr unrichtig, als im Badischen nicht das französische Recht allein, sondern neben demselben auch die schon früher bestandene Eheordnung Gesetzeskraft habe; daher der Geist des französischen Rechts, wie er aus den einzelnen Verfügungen desselben hervorgehe, nicht allein, sondern auch jener, welcher der Eheordnung und den einzelnen Verfügungen derselben zum Grunde liege, mit in Betracht kommen müsse.

In Erwägung dieser Gründe wurden die vorinstanzlichen Urtheile, durch Verwerfung der Oberappellation, bestätigt.

Bei der Deliberation fand diese Ansicht keinen Widerspruch, nur entstand darüber ein Zweifel, ob der Klägerin gerade ein Viertheil des ehemännlichen Vermögens hätte zuerkannt werden sollen, weil der Beklagte behaupte, daß er durch das unziemliche Betragen seiner Frau zu den Mißhandlungen verleitet worden sey, und weil es bei Ehescheidungen aus dem Grunde der Mißhandlungen und Beleidigungen gewöhnlich der Fall sey, daß beide Theile an der Uneinigkeit, wodurch von der einen Seite Mißhandlungen herbei geführt werden, Schuld trügen. — Hier hätte wohl

um so mehr eine Reduction von einem Viertheil auf einen geringeren Betrag eintreten sollen, als die Ehefrau kein Vermögen in die Ehe eingebracht habe, und schon nach dem Ehevertrage 12,000 fl. erhalte.

Von der andern Seite erwog man jedoch, daß deßhalb keine Einrede von dem Beklagten vorgebracht worden, und der Richter eine solche nicht von Amtswegen suppliren dürfe; zumal weil, wenn sie vorgeschützt wäre, der Beklagte zugleich den Beweis derselben hätte antreten müssen. — Die Mehrheit wollte auf eine Verminderung der Quote nicht eingehen; es ward deshalb noch bemerkt, daß aus der Verurtheilung des Ehemannes in alle Kosten des Ehescheidungsprocesses, der Schluß zu ziehen sey, daß das Ehegericht denselben als allein schuldigen Theil angesehen habe.

Bemerk. 1. Als Gründe, warum die beiden fraglichen Gesetzesstellen nicht neben einander bestehen könnten, waren in den Deductionen des Beklagten folgende angeführt: — Der Richter sey durch den L. R. Zusatz 4. a. angewiesen, da, wo ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes mangle, auf den Grund und Zweck dieses Gesetzes, sodann auf den Geist des Gesetzbuches zurückzugehen. Der Grund und Zweck des Landrechtes wäre aber dieser, daß die Ehe nicht zu einem Mittel des Erwerbs solle benutzt werden. Darum habe der Satz 300. festgesetzt, daß der gewinnende Ehetheil die Vortheile behalte, die ihm vom andern zugewiesen worden; dem schuldigen Ehegatten seyen dagegen diese Vortheile nicht gewährt, gerade weil sonst diese Aussicht ihn zur Veranlassung einer Scheidung bestimmen könnte, und weil er auch, als schuldiger Theil, auf eine solche Begünstigung keinen Anspruch habe.

Aus dem nämlichen Grunde solle der unterliegende Theil von seinem Vermögen weiter nichts verlieren. Im

Falle, nach L. R. Satz 300., daß für den Unterhalt des obsiegenden Ehegatten nicht genugsam gesorgt sey, habe er nach L. R. Satz 301. den Unterhalt — so ferne er nicht von ihm selbst aufgebracht werden könne, an den unterliegenden Ehetheil zu fordern. Daher liege es im Geiste des französischen Gesetzbuches, daß die bedungenen Vortheile dem obsiegenden, nicht dem unterliegenden Ehegatten verbleiben sollten, — daß, wenn jenem keine bedungen, oder die bedungenen nicht hinreichten, er blos seinen nöthigen Unterhalt vom unterliegenden Theile, nicht aber irgend einen Antheil seiner Vermögens-Substanz, sondern nur einen angemessenen Theil der Einkünfte, jedoch nur bis zu einem Drittheil, solle ansprechen können.

Eigentlich aber mangle auch dem Gesetze kein bestimmter Ausspruch; denn bei allen Ehen wären entweder dem obsiegenden Ehegatten Vortheile in einem Ehevertrage bestimmt, oder nicht. Im ersten Falle sey L. R. Satz 300. maaßgebend, und auch Satz 301. noch in sofern, als jene Vortheile zum Unterhalte nicht hinreichten; im andern Falle wäre es der L. R. Satz 301. Die Bestimmungen dieser beiden Sätze erschöpften also alle möglichen vorkommenden Fälle, und es könne also nicht, zufolge L. R. Satz 311 a., auf die Eheordnung zurückgegangen werden. Dadurch, daß der L. R. Satz 301. etwas Anderes und an sich schon Zureichendes bestimmt habe, hätte er implicite und nothwendig den §. 49. der Eheordnung aufgehoben. — Wäre Brauers Argument richtig, so müßte es auch an allen anderen Orten — deren es sehr viele im neuen Landrechte gäbe — richtig und anwendbar seyn, nämlich da, wo das neue Gesetz Abänderungen getroffen habe; was aber Brauer selbst nicht behaupte. — Mit dem nämlichen Rechte könnte man sagen, daß die im L. R. Satze 229. aufgeführten Ehescheidungsursachen auch die andern Scheidungsgründe der Eheordnung noch zuließen, und daß die Ehehindernisse der Eheordnung,

welche das Landrecht nicht aufgenommen, noch fort beständen; — welches Alles wohl Niemand behaupten werde. — Endlich entscheide die Verfügung des Justizministerii nichts, weil diese Stelle weder Gesetze geben, noch authentisch interpretiren könne.

2) Die nämliche Frage vom Fortbestehen des §. 49 der Eheordnung, nach Einführung des neuen Landrechts, ward umständlich verhandelt und vom oberhofgerichtlichen Plenum entschieden im Jahre 1832. in Sachen: „Franziska Schaaf „gegen ihren geschiedenen Ehemann, Entschädigung betref„fend." — Die erste Instanz hatte der Ehefrau die Entschädigung zugesprochen, die zweite reformirte dahin, daß sie die Klägerin abwies; das Oberhofgericht aber änderte dieses Erkenntniß dahin ab, daß es der Oberappellantin die Quart unter gewissen Beschränkungen, welche ihren Grund in speciellen Verhältnissen des Falles hatten, zusprach.

Die Gründe für und wider waren die nämlichen, wie in dem eben vorgetragenen Falle, nur umständlicher ausgeführt.

Rückgriff auf den Schenknehmer, wenn in der über das Vermögen des Schenkgebers nachmals ausgebrochenen Gant, dieses nicht zur Zahlung der Gläubiger hinreicht.

(Vetter gegen Grether.)

Bei einer Schuldenliquidation vom 16. September 1829., in Folge deren der Gant gegen alt Jacob Grether erkannt ward, zeigte Hammermüller Vetter zwei Capital-

forderungen von 450 fl. und 390 fl. an, und bemerkte zugleich, wie er gegen eine vom Schuldner am 27. Jän. 1827. gemachte Schenkung von Liegenschaften an seinen Sohn Einsprache machen müsse, weil damals schon seine Forderung vorhanden gewesen wäre.

In Folge dieser Bemerkung trat Vetter bald darauf klagend gegen den Sohn Grether auf, und verlangte die Umstoßung jener Schenkung. — Aus diesem Rechtsstreite ist zu bemerken, daß das Amt die Schenkung aufrecht erhielt, jedoch mit dem Anhange: „Die jung Gre„therschen Eheleute seyen als Geschenknehmer für schuldig „und verbunden zu erklären, dem Kläger, so weit er mit „seiner Forderung in der Gantmasse des alt Jac. Gre„ther in Verlust fällt, mit Zinsen, im Werth des von alt „Jacob Grether geschenkten Haus- und Güterantheils, „so weit deren Werth reicht, den Ersatz zu leisten und „ihn zu befriedigen, vorbehältlich jedoch der Rechte der „übrigen Gläubiger.“

Das Hofgericht bestätigte in appellatorio das Amtserkenntniß, und durch Oberappellation ward darauf diese Sache von Seiten des jung J. J. Grether an das Oberhofgericht gebracht; wobei zu bemerken ist, daß die übrigen Gantgläubiger am Schlusse der Verhandlungen zweiter Instanz erklärten, sie wollten sich in dieser Sache in keinen Proceß einlassen.

Daraus folgte, daß, der Gantmasse gegenüber, die ursprünglich angefochtene Schenkung als zu Recht bestehend anzusehen war, und nur der zweite Theil des unterrichterlichen Erkenntnisses, welches sich auf das eventuelle Gesuch des Klägers: „wenn die Schenkung aufrecht erhalten „werde, die Geschenknehmer für schuldig zu erkennen, dem „Kläger seinen Verlust in dem alt J. Gretherschen „Gant aus den geschenkten Liegenschaften, so weit ihr „Werth reiche, zu ersetzen“ —

Gegenstand der Beschwerde in dritter Instanz abgeben konnte.

Der Unterrichter hatte die Frage über die Rechtsverbindlichkeit der Rechtsnachfolger der alt Jacob Grether'schen Eheleute, aus der Schenkung die Forderung des Klägers zu bezahlen, auf den Grund des k. R. Satzes 1085. bejahet, mit Rücksicht auf den Billigkeitsgrundsatz des römischen Rechts, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern dürfe.

Das Mittelgericht aber stützte sein bestätigendes Erkenntniß hauptsächlich auf den k. R. Satz 1167. Wobei als Thatsachen bemerkt wurden: daß der im October 1829. in Concurs gerathene alt Jacob Grether im Jahre 1827. den größten Theil seiner Güter an seinen sich verheirathenden Sohn verschenkt, und im März und Juni 1829, also nur einige Monate vor seiner Insolvenzerklärung, den Rest seiner Güter angeblich um einen Spottpreis verkauft habe, so daß bei der Ganterkennung das ganze Activvermögen nur noch in 224 fl., der Passivstand hingegen in mehreren tausend Gulden bestanden habe. Durch die Güterabtretung resp. Verkauf wären also die vorhandenen Gläubiger gefährdet worden. — Ferner ward berücksichtiget, daß zwischen der Schenkung und der Gant zwar ein Zeitraum von mehr als zwei Jahren verflossen sey, dennoch aber dem Kläger die opponirte Einrede der einjährigen Verjährung des k. R. Satzes 1167. a. nicht entgegen stehe, weil er eine Stunde von dem Wohnorte des Beklagten entfernt lebe, und also die vorgefallene Schenkung nicht wohl habe wissen können: jedenfalls könne die Verjährung den Kaufcontract von 1829. nicht treffen.

Das Plenum des Oberhofgerichts erkannte am 28. Oct. d. J. abändernd:

„daß Kläger Oberappellat, unter Verfällung in die Kosten

„sämmtlicher drei Instanzen mit der angestellten Klage ab „und zur Ruhe zu verweisen sey.“

Die Gründe für dieses abändernde Erkenntniß waren: 1) die Berufung des Klägers auf die L. R. Sätze 2092 und 2093. könne ihm nichts helfen, denn diese Sätze gingen von der Voraussetzung aus, daß der Schuldner Vermögen besitze:

Das veräusserte, ja sogar verschleuderte Vermögen sey nur dann den Gläubigern verhaftet, wenn ihnen ein specieller Rechtstitel darauf zustehe, oder aus andern besondern Gründen. In der Klage sey aber deutlich enthalten, daß dem Kläger weder ein Vorzugs- noch ein Unterpfandsrecht auf die dem Sohne Grether als Ehesteuer geschenkten Liegenschaften zustehe. Da nun dasjenige, was der Vater dem Sohne rechtsgültig und zu einer Zeit geschenkt habe, wo er noch die freie Disposition seines Vermögens gehabt, nicht mehr Eigenthum oder Vermögen des Vaters gewesen, so könne auch aus jenen L. R. Sätzen keine Verbindlichkeit des Sohnes abgeleitet werden, die Schulden seines Vaters zu bezahlen.

2) Die römische Rechtsregel: **quod nemo cum damno alterius etc.** — habe in dem neuen Civilgesetzbuche keine Stelle gefunden, und mit Recht, da sie zu viel besage, und also nichts; sie sey daher aus dem neuen Rechtssysteme in ihrer Allgemeinheit als ausgemerzt zu betrachten. — Selbst aber unter der Herrschaft des römischen Rechts hätte sich daraus eine Verbindlichkeit zur Zahlung fremder Schulden nicht ableiten lassen.

3) Eben so wenig passe zur Begründung des Anspruches der vom Unterrichter allegirte L. R. Satz 1055. Derselbe gäbe nur für einen speciellen Fall Vorschrift, nämlich für den, wo von einer Schenkung über gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen die Sprache sey, die als Erbschaft zu betrachten wäre, und wo unterlassen worden,

der Schenkungsurkunde ein Verzeichniß beizufügen, worin die Schulden und Lasten des Schenkgebers verzeichnet worden, wie sie am Tage der Schenkung sich befanden. Für den Fall, daß dieses nicht geschehen, verfüge der Satz 1085., daß der Geschenknehmer verbunden sey, seiner Zeit die Schenkung entweder ganz anzunehmen, oder ganz auszuschlagen, und daß er im Fall der Annahme nur das Vermögen ansprechen könne, wie es am Sterbtage des Erblassers vorhanden sey, daß er aber auch alle Schulden und Lasten eines Erben übernehmen müsse. — Es wäre klar, daß diese gesetzliche Bestimmung auf den vorliegenden Fall, wo die zur Ehesteuer gegebenen Grundstücke zum unwiderruflichen Eigenthume sogleich ausgefolgt worden, weder eine directe noch analoge Anwendung finden könne, sondern daß dabei die allgemeinen Vorschriften von Schenkungen unter Lebenden, wonach den Schenknehmer, wenn die Schenkung an sich keine belastete ist, keine Lasten treffen, ausschließlich gelten müßten.

4) Wenn aber endlich die hofgerichtliche Entscheidung auf den L. R. Satz 1167. sich stütze, woneben der oberappellatische Anwalt sich noch auf die weitern Anh. Sätze 210. bis 214. berufe, so wäre in diesen Sätzen den Gläubigern allerdings die Befugniß eingeräumt, jene Handlungen ihres Schuldners in eigenem Namen anzufechten, die solcher zum Abbruch ihrer Rechte unternommen habe.

Brauer sage in den Erläuterungen B. 3. S. 112, man müsse, um das ganze Lehrgebäude dieses Anfechtungsgrundes zu übersehen, nicht nur die Sätze 618, 622, 788, 882, 1447 und 1474, sondern auch aus dem Handelsrechte die Sätze 210 — 214 des franz. **Code de commerce L, III. tit. 1. C. 1. Art. 8 — 11.** vergleichend prüfen. Aus dieser vergleichenden Prüfung stelle er die Regeln auf: „Bei unentgeldlichen Veräusserungen ist zum Rückgriff „nichts nöthig, als daß sie zur Zeit, wo sie vorgingen,

„schon zum Nachtheile der Gläubiger gereichten, was ver„muthet wird, im Fall sie innerhalb 10 Tagen vor ausge„brochener Gant geschehen.“

„Sonst müssen die anfechtenden Gläubiger, dem allge„meinen Satz 1315. gemäß, die Nachtheiligkeit oder Hin„terlistigkeit des Vorganges beweisen, wenn er früher ge„schehen war.“

Hier, wo ein Zeitraum von beinahe drei Jahren zwischen der Schenkung und dem Gantausbruche in der Mitte liege, müsse jener Beweis geführt werden, welcher aber nicht für hergestellt zu erachten sey.

Um den Nachtheil der Schenkung für erwiesen annehmen zu können, müßte constatirt seyn, welches Vermögen die schenkenden Eheleute im Januar 1827. besaßen, und welche Schulden darauf gehaftet hätten, um ermessen zu können, ob schon damals den Schenkgebern nicht mehr so viel reines Vermögen übrig gewesen sey, um die Schenkung ohne Nachtheil der Gläubiger vornehmen zu können.

Die Absicht, den Gläubigern einen Nachtheil zuzufügen, werde von dem beklagten Theile durchaus in Abrede gestellt. Gefährde oder Betrug werde, nach L. R. Satz 1116, nicht vermuthet, und über den Vermögensstand der alt Jacob Gretherschen Eheleute im Januar 1827. wäre mit Zuverlässigkeit nichts bekannt.

Es würde aber zu gewagt seyn, aus dem Vermögenserfund am Ende des Jahres 1829. auf einen solchen Zustand im Jahre 1827. schließen zu wollen, weil hundert Fälle gedenkbar wären, die in einem solchen Zeitraume einen ungünstigen Wechsel der Vermögensumstände hätten hervorbringen können.

Eben so wenig lasse sich aus dem Vermögenserfund vom Jahre 1829. auf eine bösliche Absicht bei der über dritthalb Jahre früher stattgefundenen Schenkung schließen, indem eher anzunehmen sey, daß die Eltern bei der Schenkung

keine andere Absicht gehabt hätten, als für ihren Sohn, zu einer vortheilhaften Heirath, ein Opfer zu bringen.

Die Eidesdelation über Gefährde ward, als dem Geiste der Eidesordnung zuwider, für unstatthaft, und bei nicht geliefertem Beweise, die Klage als unbegründet erachtet.

Beiläufig wurde noch bemerkt: a) in den beiden vorinstanzlichen Urtheilen liege eigentlich ein Widerspruch, indem der eine Theil derselben die Schenkung für bestehend erkläre, und der andere Theil sie, in Beziehung auf die eingeklagte Summe, wirkungslos mache. — b) Auf die in Bezug auf k. R. Satz 1167. a. opponirte Einrede der Verjährung werde es zwar nicht mehr ankommen; indessen laufe die Verjährung von der dem Gläubiger möglich gewordenen Kenntniß an, und in so fern werde man die Einrede für gesetzlich begründet annehmen müssen, als es nur der allergemeinsten Vorsorge bedurft hätte, um sich die Kenntniß von der vorgegangenen Schenkung zu verschaffen, und daß eine solche gränzenlose Sorglosigkeit, wie sie dem Kläger zur Last falle, sich vor dem Gesetze keiner Begünstigung zu erfreuen habe. Endlich c) könnten die Verkäufe vom Jahr 1829. nicht als Entscheidungsgründe für die vordern Erkenntnisse gelten, da diese noch zur Zeit gar nicht angefochten wären.

Bemerk. Dieses reformatorische Erkenntniß ward nur durch die Majorität einer einzigen Stimme beliebt. — Die Gründe der Minorität concentrirten sich dahin: Schon der Umstand, daß, statt einer gewöhnlichen Vermögensübergabe eine Schenkung errichtet worden sey, errege den Verdacht einer gefährdevollen Absicht der alt J. Gretherschen Eheleute gegen ihre Gläubiger, welcher Verdacht aber durch die zwei Jahre später erfolgte Vermögensuntersuchung bis zur vollen Ueberzeugung gesteigert werde, indem sich schon

hier eine Vermögensunzulänglichkeit von 2536 fl. herausgestellt habe.

Die Klage sey daher nach L. R. Satz 1167. für begründet zu halten, und der Beweis der gefährdevollen Absicht sey hergestellt; da dieser ja nur durch Schlußfolgerungen geführt werden könne.

Bei der Berathung im Plenum ward noch bemerkt, daß der erste Theil des unterrichterlichen Urtheils sich mit dem zweiten wohl vereinigen lassen dürfte, da durch den ersten die Klage auf Umstoßung der Schenkung im Allgemeinen verworfen wäre, wie denn auch die Absicht des Klägers darauf nicht wohl hätte gehen können; dagegen in so weit für begründet erkannt sey, als die Schenkung zur Gefährde des Gläubigers geschehen wäre, sobald dieser eine solche nachweise. Daher habe ihm nicht mehr zuerkannt werden können, als daß er von dem Schenknehmer befriediget werde, unter welcher Bedingung die Schenkung für zu Recht bestehend erkannt sey.

III.

Gegenstände des peinlichen Rechts.

Digitized by Google

Kindermord. Fall, wo als rechtlicher Milderungsgrund, um von der Todesstrafe abzugehen, die Hülflosigkeit der Verbrecherin und ihre beschränkten Verstandeskräfte vom Oberhofgerichte angenommen wurden.

Sobald bei dem Verbrechen des Kindesmordes der ob- und subjective Thatbestand als genügend hergestellt angenommen werden konnte, erkannte das Oberhofgericht, gesetzlicher Vorschrift gemäß, in der Regel auf die Todesstrafe, und benutzte die für die Inquisitin etwa sprechenden Milderungsgründe nur zu einer Empfehlung zur Gnade an den höchsten Regenten. — Daß, wenigstens in neueren Zeiten, dergleichen Todesurtheile gegen Kindesmörderinnen nie vollzogen, sondern im Gnadenwege in Zuchthausstrafe von längerer oder kürzerer Dauer verwandelt worden, ist bekannt.

Im gegenwärtigen Falle hielt jedoch die Mehrheit des oberhofgerichtlichen Collegii, mehrere Gründe, welche allerdings einzeln hingereicht hätten, um die Inquisitin der höchsten Gnade zu empfehlen, in Verbindung mit einander

für so geeignet, um im Rechtswege von der ordentlichen Strafe des Schwerdts abzugehen.

Die ledige Katharine N. hatte, nachdem sie ihre Schwangerschaft und nachmals auch die Geburt des Kindes fortwährend verläugnete, ihr neugebohrnes Kind dadurch erstickt, daß sie es in ihrem Bette unter den Strohsack steckte, und dort 8 Tage lang liegen ließ. Sie gestand unumwunden ihr Verbrechen ein, und die ärztlichen Zeugnisse ergaben zur Genüge, daß das Kind den Erstickungstod gestorben war.

Unter diesen Umständen konnte es nur darauf ankommen, ob sich in der Untersuchung solche rechtliche Gründe vorfänden, welche den Richter bewegen und ermächtigen könnten, von der ordentlichen Strafe abzugehen.

Als solche Gründe wollten geltend gemacht werden: 1) Die Verstandesschwäche der Inquisitin. Ueber den Grad derselben lauteten die Zeugnisse verschieden. Das Pfarramt sagte: „Bei solchem Mangel des religiösen Moments, bei, „durch die Art ihrer Erziehung bewirkter Erstarrung menschlichen Gefühls und menschlicher Empfindung, und bei solcher, „die Beschaffenheit und die Folgen des Verbrechens nicht bedenkenden Geistesarmuth, läßt sich die unglückliche That „erklären.“

Allein der Untersuchungsrichter, der zwar auch eine Geistesbeschränktheit, Gefühllosigkeit und Verdummtheit, aber keine Bösartigkeit an der Inquisitin wahrgenommen haben wollte, bemerkte, daß ihre Geistesarmuth und Beschränktheit nicht den Grad völliger Verstandesschwäche und des Blödsinnes erreicht habe, daß es ihr an aller und jeder Beurtheilungskraft gebreche.

Auch die Aussagen mehrerer Personen ihrer Bekanntschaft stimmten darin überein, daß sie eine dumme, aber

nicht geistesschwache Person, nicht boshafter, sondern vielmehr gutmüthiger Natur sey.

Das Phisicat sagte in seinem Berichte, den es gemeinschaftlich mit dem Pfarrer erstattete: „Anlangend der Inquisitin Geisteskräfte, so sind dieselben mit Dummheit zu „bezeichnen, d. h. Schwäche des Erkenntnißvermögens; Gedankenlosigkeit und mechanisches Hinleben machen die „Grundzüge desselben aus. Dabei ist übrigens ihr Vermögen zu schließen zwar beschränkt, aber doch vorhanden, „und sie steht keineswegs so tief, daß sie nicht Ursache und „Wirkung gebührend zu unterscheiden vermöchte. Wir „müssen daher erklären, daß die Handlung nicht die Frucht „eines überdachten Planes, sondern eine Handlung der „Unbesonnenheit und des Augenblicks war, — daß aber „Inculpatin in dem Augenblicke ihres Handelns mit vollem „Bewußtseyn und freiem Willen gehandelt habe, obgleich „ihr die Größe ihres Verbrechens nicht in den Sinn „kam, — daß zwar die spärliche Ausstattung und geringe „Entwickelung ihrer Geisteskräfte vorzüglich mitgewirkt, „daß jedoch diese die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließe."

Der Referent und mit ihm mehrere Votanten wollten auf diese Entschuldigungsgründe kein Gewicht legen, zumal die Verhöre der Inquisitin keinen Grund enthielten, um an ihrer Zurechnungsfähigkeit zu zweifeln, und nur ein geringer Verstand dazu erfordert werde, um die Strafbarkeit eines Kindermordes einzusehen.

2) Wichtiger erschien ein weiterer Entschuldigungsgrund, hergenommen aus den drückenden Verhältnissen, in welchen die Inquisitin zu ihren Familienangehörigen stand. Sie behauptete, von ihren beiden Schwestern schon früher grob behandelt worden zu seyn, aber noch gröbere Behandlung von ihnen erlitten zu haben, seitdem sie schwanger in das

mütterliche Haus zurückgekehrt sey. Sie wäre jeden Tag mit allen Schandnamen von denselben belegt, auch einigemal geschlagen worden, theils mit Fäusten, theils mit dem Ellenmaas. Diese Angabe bestätigte ihre Mutter, die Schwestern dagegen läugneten sie ganz, oder räumten doch die Beschuldigungen nur in geringem Grade ein.

Indessen ergab sich die Hartherzigkeit dieser Schwestern schon daraus, daß sie die Inquisitin während ihrer Niederkunft, zur Zeit der größten Kälte, nicht in der untern Kammer duldeten, sondern sie in einer luftigen kalten Dachkammer, beinahe nackend und bloß schlafen ließen; so wie die Rohheit und Gefühllosigkeit der ganzen N—schen Familie aus dem Berichte des Physicats und des Pfarramts hervorging.

3) Endlich sollte auch die schlechte Erziehung, welche die Inquisitin nach dem Berichte des Pfarramtes genossen hatte, als Entschuldigung geltend gemacht werden. Doch war dieselbe geständig, den gewöhnlichen Schul- und Religionsunterricht erhalten zu haben.

Es waren unter diesen Umständen sämmtliche Stimmführer von der traurigen Lage der Inquisitin bei ihrer Niederkunft durchdrungen und davon überzeugt, daß diese Verhältnisse sie hauptsächlich zu dem Verbrechen verleitet haben mochten. Es fand daher keinen Widerspruch, sie der Gnade des Regenten zu empfehlen, wobei ein Antrag auf 6jährige Zuchthausstrafe vorgeschlagen ward.

Nur darüber theilten sich die Stimmen, ob das Oberhofgericht selbst, aus diesen Gründen, von der ordentlichen, und vom Hofgerichte begutachteten Todesstrafe herunter gehen könne?

Die Majorität nahm dieses jedoch für den zu entscheidenden Fall an, in der Erwägung, daß rechtliche Milde-

rungsgründe in der höchst drückenden Lage der Inculpatin bei der Geburt ihres Kindes zu einer Zeit großer Kälte, in der vorausgegangenen Mißhandlung derselben durch ihre Verwandte, in ihrer hülflosen Dürftigkeit, hinzugerechnet ihre Geistesarmuth und Beschränktheit, — aufzufinden seyen, und daß man annehmen dürfe, daß derselben, in ihrer gänzlichen Geistesstumpfheit, das Schreckliche des begangenen Verbrechens nicht vorgeschwebt habe.

Dieser Ansicht zufolge ward das Strafurtheil auf 10jährige gemeine Zuchthausstrafe gefaßt, und beschlossen, darauf anzutragen, daß im Gnadenwege die Strafe auf 6 Jahre Zuchthaus herunter gesetzt werden möge.

Se. Königl. Hoheit geruheten, diesen letzten Antrag huldreichst zu genehmigen.

Bemerk. Es ist natürlich, daß ein Gerichtshof, wenn er die Härte des Gesetzes, nach welchem er bei Kindesmörderinnen unbedingt auf die Todesstrafe erkennen soll, fühlt, und es ihm nicht völlig genügen kann, wenn er im voraus weiß, daß sein Todesurtheil im Gnadenwege in eine Freiheitsstrafe verwandelt werden wird, gern alle möglichen Milderungsgründe zu rechtlichen zu machen sucht, um auf solche Art von der gesetzlichen Strafe abgehen zu können.

Von diesem Gesichtspunkte aus möchte der obige Fall zu beurtheilen seyn, da sonst vielleicht die für rechtliche Milderungsgründe angenommenen Umstände als solche die strengste Prüfung nicht ertragen würden. Die Beschränktheit der Verstandeskräfte und die schlechte Erziehung konnten wohl für die Inculpatin keinen rechtlichen Entschuldigungsgrund abgeben, da die eeste nicht von der Art war, um die Zurechnung von ihr zu entfernen, die letztere aber in keinem größeren Maaße erschien, als man sie bei dieser Klasse von

Verbrecherinnen häufig antrifft. Nur die Hülfloſigkeit der Inculpatin und die rohe Behandlung ihrer Verwandten mochten ihr allenfalls zur Entſchuldigung im rechtlichen Wege gereichen, allein auch dieſe Verhältniſſe ſind keine ſeltenen Erſcheinungen bei Kindesmörderinnen geringen Standes, und eine Perſon, welche zwar in einer kalten Dachkammer, aber doch im Bette niederkommt, iſt gewiß nicht ſo hülflos zu nennen, als diejenige, die unter freiem Himmel hinter einem Strauche oder einer Hecke gebährt, wovon die Beiſpiele ſchon vorkamen. — Indeſſen iſt es immerhin erfreulich, daß dieſe Gründe für die Erkennung einer auſſerordentlichen Strafe bei der höchſten Behörde Eingang fanden, und daß damit auch für künftige Fälle dem Richter mehr Spielraum gelaſſen iſt, die Härte des Geſetzes zu umgehen.

IV.

Miscellen und Nachträge.

Digitized by Google

Anticipationsgebühren.

Das erste Heft der neuen Folge der Jahrbücher enthält S. 73 ff. einen Beschluß des O. H. Gerichts vom 20. Februar d. J., nach welchem die Anticipationsgebühren der ältern Obergerichts-Ordnung unter dem neuen Proceßrechte wegfallen sollen.

Nachmals brachte ein Anwalt eine Beschwerde gegen das Oberhofgericht wegen Ermäßigung seines Deservits hinsichtlich der Anticipationsgebühren ꝛc. an das Großh. Staats-Ministerium. Von dieser höchsten Behörde erfolgte unter dem 18. September d. J. folgendes Rescript an das Großh. Justiz-Ministerium, welches dasselbe dem Oberhofgericht zur Nachricht und weitern Verfügung mittheilte.

„Die gesetzliche Taxordnung ist, so lange nicht in gesetz-„lichem Wege eine Abänderung getroffen wird, die Norm „der Gerichte, es konnte daher weder in dem einen noch in „dem andern Puncte durch blos gerichtliche Verfügungen „davon abgewichen werden. — Was insbesondere die Anti-„cipationsgebühr betrifft, so enthält die neue Proceßordnung „durchaus nichts, was das Aufhören dieser Gebühr zur „nothwendigen Folge hat. Immerhin bleibt die beabsichtigte „Beförderung des Rechtsganges durch den Fleiß der An-„wälte, als der Grund jener Gebühr, noch bestehen. Die „Fristen, sowohl die richterlich anberaumten, als die Noth-„fristen, sind jetzt, wie früher, peremtorisch, wenn gleich,

„nach §. 228. der Proceßordnung, die richterlichen Friſten „weiter und enger geſetzt werden können. Der Anwalt, der „ſich beeilt, vor dem Ablauf der Friſt ſeine Handlung vor„zubringen, trägt jetzt wie früher, zur Beförderung „der Sache bei, wenn gleich auch von Seiten des Ge„richts durch Anſetzung der Tagfahrt zur mündlichen „Verhandlung dazu beigewirkt werden muß, was aber auch „ſonſt, je nachdem der Vortrag früher oder ſpäter erſtattet „wurde, der Fall war, und bei dem blos ſchriftlichen Ver„fahren der Fall noch iſt.

Dauert, wenn eine Militairperſon, während dem Laufe eines bei dem Militairgerichte anhängigen Proceſſes in den Civilſtand zurücktritt, die Litispendenz fort; oder geht die Sache an den Civilrichter zur weitern Verhandlung und Entſcheidung zurück.

(Maria Anna Adler gegen Georg Weltlin.)

Weltlin, welcher früher als Korporal bei der Leibgrenadiergarde ſtand, ward von der M. A. Adler bei ſeinem Regimentscommando im Auguſt 1832. auf Alimentation eines unehelichen Kindes belangt. Das Militairuntergericht erkannte Ladung, und ließ die Sache weiter verhandeln bis zum December deſſelben Jahres. Als aber am 16. December Weltlin ſeinen Abſchied bekommen, und ſich zu B., Landamts Carlsruhe, niedergelaſſen hatte, wollte die Militairbehörde die Sache an das gedachte Landamt abgeben, welches jedoch die Aburtheilung aus dem Grunde ablehnte, weil die Competenz des Regimentscommando bis zur Beendigung

oer Sache in erſter Inſtanz fortdaure, ungeachtet der Beklagte inzwiſchen vom Militair entlaſſen, und im Allgemeinen unter die Gerichtsbarkeit der Civilbehörde zurückgetreten ſey.

Da das Commando auf ſeiner Weigerung beharrte, indem es ſich auf die neue Proceßordnung §. 27., auf das 9te Org.-Edict, und Cavans Militairrecht §. 3350. bezog, und behauptete, daß bei der Militairgerichtsbarkeit keine Litispendenz ſtatt finde, weder beim Eintritt in den Militairſtand noch beim Austritt, ſo übergab das Landamt die Sache dem Oberhofgerichte zur Entſcheidung des Competenzſtreits.

Es führte zur Vertheidigung ſeiner Anſicht an. Wenn es gleich im Allgemeinen für jetzt das **forum domicilii** des Beklagten ſey, ſo könne ſich doch ſeine Competenz nicht auf diejenigen Rechtsſachen erſtrecken, die zu einer Zeit anhängig gemacht wären, wo der Beklagte noch der Militairgerichtsbarkeit unterworfen geweſen.

Das ältere Proceßrecht ſtimme mit dem neuern darin überein, daß die von dem zuſtändigen Richter auf erhobene Klage erlaſſene und gehörig inſinuirte Ladung die Fortdauer der Gerichtsbarkeit dieſes Richters für dieſe bis zu deren Beendigung bewirke, auch wenn ſich in der Zwiſchenzeit der Gerichtsſtand des Beklagten ändere. — Insbeſondere von Militairgerichten ſage dies **L. ult. (de veteranis.)** *). Zwar beſage die neue Proceßordnung §. 27., daß die befreiten Gerichtsſtände durch beſondere Geſetze beſtimmt würden, und das 9te Org.-Edict verweiſe die Militairgerichte in Anſehung der zu befolgenden Grundſätze auf Cavan's Militairrecht, daher es darauf ankäme, was dieſes über ſolchen Gegenſtand enthalte. — Aus dem §. 3688. dieſer Schrift

*) „Nisi forte reperiatur, ibi tempore militiae coepta cognitio, „tunc enim, velut necdum cingulo deposito, sub militari ju„dice rem tractare, finirique praecipimus."

ergäbe sich die Regel, daß die allgemeine Proceßordnung auch bei dem Militairgericht zur Anwendung kommen müsse, in so fern nicht eine Ausnahme speciell geboten sey. Diese Ausnahme wolle nun das Militairgericht in dem §. 3350. des Cavanschen Werkes finden *); allein in seiner Anwendung auf die Badischen Gerichte möchte dieser Satz große Bedenklichkeiten finden, weil er von den Grundsätzen des gemeinen Proceßrechts, welches im Jahre 1803., zur Zeit der Emanirung des 9ten Org.-Edicts, im hiesigen Lande gegolten, völlig abweiche, und in diesem Falle Cavans Rechtslehre nicht unbedingt zur Richtschnur genommen werden könne, sondern (wie das 9te Org.-Edict hinzusetze) mit den betreffenden Stellen Communication gepflogen und die Sache höchsten Orts jedesmal zur Resolution vorgelegt werden müsse.

Das Landamt glaubte aber, daß der §. 3350. so wenig als ein anderer der Cavanschen Schrift die vorliegende Frage entscheide, da sie nur vom Uebergange der Gerichtsbarkeit beim Eintritt in den Militairstand sprächen, in concreto aber von der Competenz nach dem Austritt die Rede sey. Auch eine Analogie könne hier nicht statt finden, weil der im Cavan enthaltene Satz als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, strictissimae interpretationis sey, mithin auf den ausgedrückten Fall beschränkt bleibe. Auch die ratio legis wäre nicht gleich; denn man könne es zwar für nothwendig halten, daß der Militairstand auch in civilrechtlicher Hinsicht eine eigene ausschließliche Macht über seine Angehörigen ausübe, um seiner Bestimmung völlig

---

*) „Die Militairgerichtsbarkeit wird mit dem Eintritte einer „Civilperson in den Militairstand dermaßen wirksam, daß „der gegen eine dergleiche Militairperson vorher bei einem „Civilgericht angefangene Proceß an das nunmehrige Mili„tairgericht des Beklagten abzugeben ist."

entsprechen zu können, damit z. B. eine Militairperson nicht durch Vorladungen vor den Civilrichter, durch persönlichen Verhaft als Vollstreckungsmittel und dergleichen, von der Erfüllung ihrer Standespflichten abgehalten werde. Solche Rücksichten möchten den Gesetzgeber veranlaßt haben, den Uebelstand, womit der Uebergang eines halb vollendeten Processes an ein anderes Gericht fast immer verknüpft seyn würde, jenem Mißstande vorzuziehen, der von der Gerichtsbarkeit eines Civilrichters für eine Militairperson befürchtet werde. Aber diese Motive fielen bei dem Austritte aus dem Militairstande ganz weg. Es sey nicht wohl einzusehen, warum die Fortsetzung und Entscheidung eines Processes einem Civilgerichte aufgedrungen werden sollte, welches vielleicht mit der Art der Proceßleitung, Beweisauflage ꝛc. durchaus nicht einverstanden wäre, ja vielleicht den Proceß von vorn wieder anfangen lassen müßte, um ihn nach seiner Rechtsansicht zu instruiren; warum sollte da nicht die allgemeine Regel zur Anwendung kommen, wonach das zur Zeit der Litispendenz competente Gericht es bis zur Beendigung der Sache bleibe? —

Dieser Gründe ungeachtet, ward durch folgenden Beschluß des Oberhofgerichts das Landamt Carlsruhe in dieser Sache für den competenten Richter erklärt.

„In Erwägung 1) daß Privilegien schon nach allge„meiner Rechtsbestimmung zu beschränken sind auf Zeit und „Gegenstand, für welche sie gegeben sind. 2) Daß der pri„vilegirte Gerichtsstand der Militairpersonen, da er an die „Standeseigenschaft geknüpft ist, nach dieser Regel im All„gemeinen mit solcher beginnt und endet. 3) Daß über„dieß, nach §. 27. der neuen Proceßordnung die befreiten „Gerichtsstände durch besondere Gesetze bestimmt werden, „und nach der speciellen Bestimmung in Cavans preußi„schem, für die Militairsachen im Großherzogthume reci„pirten Militairrechte §. 3350. bei Militairpersonen keine

„Litispendenz statt findet, indem die dort für den Eintritt „einer Civilperson in den Militairdienst in dieser Beziehung „aufgestellte Regel des Anziehens bereits rechtshängiger „Processe an das Militairgericht, umgekehrt für den Fall „des Rücktritts einer Militairperson in den Civilstand gleich„falls wirksam seyn muß.“

„In Anbetracht ferner 4) daß die §. §. 44. und 257. der „neuen Proceßordnung diesem nicht im Wege stehen, indem „der hier ausgesprochene Grundsatz der Gerichtsbarkeit des„selben Gerichts, sobald von solchem zuständigerweise eine „richterliche Verfügung ergangen, und solche dem Beklagten „gehörig bekannt gemacht worden ist, zwar die Regel bildet, „jenes aber ein Ausnahmsgesetz ist, und somit neben diesem „besteht.“

„In Erwägung endlich 5), daß das Landamt Carlsruhe „und das Garnisonsauditorat nicht demselben Hofgerichte „unterstehen, somit dieser Competenzconflict, nach §. 51. der „Proceßordnung, von dem obersten Gerichtshofe zu ent„scheiden ist; — wird anmit erkannt: daß das Landamt „Carlsruhe der zuständige Richter in dieser Sache sey, und „solches daher als Richter erster Instanz nach geschlossenen „Verhandlungen Erkenntniß zu ertheilen habe.“

II.

Gegenstände des neuen Proceßrechts,

und

Entscheidungen unter dessen Herrschaft.

Zuläßigkeit des Beweises eines Formfehlers in einem öffentlichen Testamente, durch die Testamentszeugen.

(Pfundersche Intestat-Erben gegen Pfundersche Testaments-Erben.)

In einem öffentlichen letzten Willen, welchen Joh. Jacob Pfunder vor einem Staatsschreiber und vier Zeugen errichtet hatte, war die im L. R. Satze 972. vorgeschriebene Formalität, daß der letzte Wille dem Staatsschreiber vorgesprochen, von ihm niedergeschrieben, das Niedergeschriebene in Gegenwart der Zeugen dem Erblasser vorgelesen, auch alles dieses in der Urkunde erwähnt werde, — nicht im vollen Umfange der gesetzlichen Vorschrift beobachtet. — Da der L. R. Satz 1001. auf die Unterlassung dieser Förmlichkeit die Strafe der Nichtigkeit ausspricht, so verlangten die Intestaterben des Pfunders die Nichtigkeitserklärung des Testaments bei Amte.

Indessen war in dem angefochtenen letzten Willen ein Mangel der Art nicht durchaus vorhanden, indem sich darin die Worte eingeschaltet fanden: „welchen ich der Theilungs-„commissair eigenhändig niedergeschrieben habe" — und am Schluße: „und von mir dem Theilungscommissair eigen-„händig niedergeschrieben ꝛc."

Da nun die Kläger erklärten, nicht daran zu zweifeln, daß der verstorbene Theilungscommissair E. diese beiden Sätze selbst geschrieben habe, es dagegen aus der Urkunde ersichtlich war, daß jene Stellen offenbar eingeschaltet waren, so fragte es sich, ob diese Einschaltung gleichzeitig und vor erfolgter Unterschrift der Zeugen, oder später geschehen sey?

Daß die Einschaltung erst, nachdem die Zeugen unterschrieben gehabt, erfolgt sey, wollten die Kläger in der zweiten Instanz durch Schriftvergleichung und durch die Testamentszeugen erweisen. Ihr Gegentheil aber behauptete, daß ein solcher Beweis nicht gegen eine öffentliche Urkunde zulässig sey, und auf keinen Fall durch die Testamentszeugen geführt werden könne. — Die erste und zweite Instanz wies die Kläger geradezu ab, und als die Sache in die dritte Instanz kam, sprach das Oberhofgericht zwar dermalen noch nicht definitiv, erließ aber einen Vorbescheid des Inhalts:

„daß der von den Klägern Oberappellanten angetretene „Zeugenbeweis darüber, daß die Worte in der öffentlichen „letzten Willensurkunde vom 8. Jän. 1830:

„„welchen ich der Theilungscommissair eigenhändig „„niedergeschrieben""

„und die weitern Worte:

„„und von mir dem Theilungscommissair eigenhändig „„niedergeschrieben""

„nicht schon in jener Urkunde gestanden seyen, als dieselbe „den Zeugen vorgelesen, und von ihnen unterzeichnet wor„den, als erheblich, auch die Testamentszeugen als zulässig, „und der klägerische oberappellantische Theil als der Beweis„pflichtige, dagegen der von ebendemselben angetretene Be„weis durch Sachverständige mittelst Schriftvergleichung „als unerheblich zu erachten sey."

Durch diesen Vorbescheid waren mithin folgende Ansichten des Collegii ausgesprochen:

a) Ein Zeugenbeweis darüber, daß die fraglichen Worte nach der Unterschrift der Zeugen eingeschaltet worden, ist zulässig. Denn wenn gleich der letzte Wille des Pfunder eine öffentliche Urkunde ist, so wird sie doch in der Form angefochten, und ist also dermalen noch nicht voll beweisend.

b) Der Beweis ist den Klägern aufzugeben; weil eine Fälschung der Urkunde nicht zu unterstellen ist.

c) Dieser Beweis kann durch die Testamentszeugen geführt werden; es ist hier nicht die Rede davon, daß sie über ihre eigene Schande aussagen, sondern nur eine Handlung des Testamentsverfertigers bezeugen sollen.

d) Für den Fall, daß der auferlegte Beweis geführt werde, hält man die Förmlichkeit des L. R. Satzes 972. nicht für beobachtet, und die Klage auf Nichtigkeit des Testamentes für wohl begründet.

Die Entscheidungsgründe zum Vorbescheide vom 31. October d. J. enthalten diese Ansichten dahin:

„1) Der factische Klaggrund beruht auf der Behaup„tung, es sey die Erwähnung des eigenhändigen Nieder„schreibens des J. Pfunderschen Testaments d. d. 8. „Jän. 1830. durch den Theilungscommissair Ensler erst „nachträglich in die Urkunde eingeschaltet worden, und es „ward auf diesen Grund, nach Maaßgabe der L. R. Sätze „972. und 1001. die letzte Willensurkunde als nichtig an„gefochten.“

„2) Nach L. R. Satz 972. muß in dem hier vorhande„nen Falle, wo zu einem öffentlichen letzten Willen nur ein „Staatsschreiber zugezogen wird, der letzte Wille diesem „vorgesprochen, von ihm niedergeschrieben, das Niederge„schriebene in Gegenwart der Zeugen dem Erblasser vorge„lesen, auch alles dieses ausdrücklich, und zwar nach L. R. „Satz 1001. bei Strafe der Nichtigkeit, in der Urkunde er„wähnt werden, woraus folgt, daß der Abmangel der Er„wähnung des Niederschreibens des letzten Willens durch

„den Staatsschreiber in der Urkunde, deren Nichtigkeit zur „Folge haben müßte.“

„3) In Erwägung jedoch, daß auf Seite 3. des ange„fochtenen Testaments die Worte vorkommen:

„„welchen (d. h. letzten Willen) ich der Theilungs„„commissair eigenhändig niedergeschrieben.““

„auch solches mit den Worten schließt:

„„und von mir dem Theilungscommissair eigenhändig „„niedergeschrieben.““

„somit jener Abmangel materiell nicht vorhanden ist.“

„4) Daß die Kläger in ihrem Behauptungssatze selbst „sagen, wir zweifeln nicht, daß der verstorbene Theilungs„commissair E. diese beiden Sätze selbst geschrieben habe.“

„5) Daß es dessen ohngeachtet ungewiß bleibt, weil die „beiden unter Nr. 3. erwähnten Stellen des Testaments „sichtbar eingeschaltet sind, ob diese Einschaltung gleichzeitig „und vor erfolgter Zeugenunterschrift oder später ge„schehen sey.“

„6) Daß aber in so weit für die Legalität dieser Ur„kunde die Vermuthung streitet, daß eine Fälschung nicht „unterstellt werden dürfe, daher der klagende Theil immer„hin als Beweispflichtig erkannt werden müsse.“

„In fernerer Erwägung 7) daß die Kläger in der vor„dern Instanz den Beweis angetreten haben, daß zur Zeit „der Testamentsunterschrift durch die Zeugen, die fraglichen „Stellen noch nicht eingeschaltet waren.“

„8) Daß aber dieser Beweis erheblich erscheint.“

„9) Endlich, daß eine Verzichtsleistung auf gegenwärtige „Klage durch Anerkennung des Testaments wirklich nicht „vorliegt.“

„mußte, unter Verwerfung des Beweises durch Experten „als unerheblich, der Zeugenbeweis, wie geschehen, als zu„lässig erkannt werden.“

Einwerfung der Schenkungen unter Lebenden in die Erbschaftsmasse nach L. R. Satz 845. — Minderung einer solchen Schenkung, wegen verletzten Pflichttheils.

(Göbbes gegen die Erben der Wittwe Säemann.)

Eva Magdalena Göbbes, geb. Säemann, hatte im Jahre 1827. von ihrer Mutter 1000 fl. zur Aussteuer erhalten. Nach dem Tode der Mutter, im Jahre 1830., verzichtete die Tochter auf die mütterliche Erbschaft, und erhob eine Klage gegen ihre Miterben, welche die Einwerfung jener 1000 fl. verlangten. — Die Göbbes'sche Ehefrau behauptete, zur Einwerfung der Schenkung nicht verbunden zu seyn, da sie auf die Erbschaft verzichtet hätte, nach L. R. Satz 843. und 845. Die Beklagten widersprachen dieser Behauptung, weil der im letzten L. R. Satz enthaltene Zwischensatz:

„so weit sie den gesetzmäßigen Betrag nicht übersteigen"

nicht blos auf die Vermächtnisse, sondern auch auf die Geschenke unter Lebenden zu beziehen sey.

Das Amt W. erkannte, daß die G—sche Ehefrau zur Einwerfung nicht schuldig sey, das Hofgericht erkannte sie dazu für schuldig, indem es ihre Klage abwies. In dritter Instanz stellte das Oberhofgericht das erstinstanzliche Urtheil wieder her. Der Entscheidungsgrund 3) enthält zugleich die Ansicht der höchsten Instanz über die verschiedene Auslegung des Satzes 845.

„Die Aussteuer, welche Kinder von ihren Eltern erhal„ten, ist zufolge L. R. Satzes 1081. nach den Regeln der „Schenkungen unter Lebenden zu beurtheilen. Zur Einwer„fung der Schenkungen ist nach L. R. Satz 843. nur der

„Erbe, welcher die Erbschaft antritt, seinen Miterben ver„bunden, wogegen der verzichtende die empfangene Schen„kung unter Lebenden nicht einzuwerfen schuldig ist, sowohl „aus dem Grunde des L. R. Satzes §43., als weil der L. „R. Satz 845. verordnet:

„„Der Erbe, der auf die Erbschaft verzichtet, kann „„gleichwohl die empfangenen Schenkungen unter „„Lebenden behalten, und die ihm zugedachten Ver„„mächtnisse, soweit sie den gesetzmäßigen Betrag nicht „„übersteigen, fordern.““

„Es wird zwar behauptet, daß der Zwischensatz:“

„„so weit sie den gesetzmäßigen Betrag nicht über„„steigen““

„nicht blos auf die Vermächtnisse, sondern auch auf die „Geschenke unter Lebenden zu beziehen sey, und es ist „richtig, daß dieser Satz im französischen Texte des Code „Nap. keinen Zwischensatz, sondern einen Nachsatz bildet, „wodurch er sich sowohl auf die Geschenke unter Lebenden „als die Vermächtnisse „bezieht. Allein nach Art. 1. des „ersten Einführungsedictes ist der Text unseres Landrechts „die einzige in den badischen Gerichten anwendbare Ueber„setzung des Code Nap., und nach der grammaticalischen „Stellung dieses Zwischensatzes kann er blos auf die Ver„mächtnisse bezogen werden.“

„Dieser grammaticalischen Auslegung des L. R. Satzes „845. wird mit Unrecht zum Vorwurfe gemacht, daß da„durch das Landrecht mit sich selbst, namentlich mit den „Sätzen 920. und 1090. in Widerspruch gesetzt werde, und „die Vorschriften über die Pflichttheile umgeworfen würden, „weil so die Eltern durch Geschenke unter Lebenden eines „ihrer Kinder so sehr begünstigen könnten, daß die andern „ganz leer ausgingen. Dieses ist jedoch falsch. Daraus, „daß in dem Abschnitte des Landrechts: „„von der Ein„„werfung““ gesagt ist, daß der verzichtende Erbe

„empfangene Schenkungen unter Lebenden einwurfsfrei be„halten dürfe, folgt nicht, daß diese Schenkungen nicht der „Minderung unterworfen seyen, wenn sie den Pflichttheil „der Pflichterben verletzen.“

Bemerk. 1) Die Fassung des Art. 845. im französischen Originaltexte ist keiner zweifelhaften Auslegung unterworfen, und möchte daher, zumal Brauer in seinen Erläuterungen überall keinen Grund für seine Abänderung in der Uebersetzung angibt, wohl den Vorzug verdienen, wenn nicht, wie der Entscheidungsgrund 3) besagt, die Badischen Gerichte auf die Brauersche Uebersetzung, als die einzig anwendbare, verwiesen wären. — Die Fassung des neuen Landrechts war daher der Entscheidung zum Grunde zu legen, weil sie, wie jener Entscheidungsgrund weiter ausführt, mit andern Sätzen des Landrechts nicht im Widerspruche steht.

2) Es kam aber in diesem Rechtsfalle noch eine weit zweifelhaftere Frage vor, nämlich: ob, die Nichtverbindlichkeit zur Einwerfung angenommen, dasjenige gemindert werden dürfe, was hinsichtlich der geschenkten Sache den Pflichttheil unter Erben überschreite? Darüber hatten beide Theile schriftlich und mündlich mit Umständlichkeit verhandelt; eben so darüber, wie diese Minderung zu berechnen sey. — Indessen glaubte man nicht nöthig zu haben, sich über den Gegenstand direct auszusprechen, aus Gründen, welche der 4te Entscheidungsgrund enthält, und unterließ dieses um so lieber, als man keinen Fingerzeig zu einer neuen Klage geben wollte.

Vierter Entscheidungsgrund. „Da nun die Klagbitte „lediglich dahin gerichtet ist, die Ehesteuer der Eva Säe„mann verehelichten Göbbes für frei von dem Einwurfe „in die mütterliche Erbschaft zu erklären, so kann über die

„in den Appellations- und Oberappellationsverhandlungen „eventuell unter den Parthieen ventilirte Frage: ob bei der „Minderung einer Schenkung der Geschenknehmer neben „dem Freitheil auch seinen eigenen Pflichttheil behalten „dürfe? in diesem gegenwärtigen Rechtsstreite nicht entschie„den werden."

Dagegen kamen über diesen Gegenstand folgende Bemerkungen zu den Acten, welche jedoch nicht als collegialisches Gutachten, sondern nur als die Betrachtungen eines einzelnen Mitgliedes angesehen werden dürfen.

„Wollte man dem Satz 845. die Ausdehnung geben, „daß die Schenkungen unter Lebenden, welche Kinder von „ihren Eltern empfangen, sobald die Geschenknehmer auf „die elterliche Erbschaft verzichten, nicht gemindert werden „dürfen, so würde man annehmen, daß wir ein Gesetz über „den Pflichttheil hätten, das nicht für die täglich eintreten„den Fälle unbilliger Begünstigung eines Kindes, sondern „nur für einige äußerst seltene Fälle gemacht sey. Allein „eine solche ausdehnende Auslegung, wodurch der verzich„tende Erbe für die ihm gemachten Schenkungen unter „Lebenden, gegen jede Minderung wegen verletzten Pflicht„theils geschützt würden, widerspreche sogar nachfolgenden „Sätzen des Landrechts. Die Sätze 1081. folg. handeln „von Schenkungen, die in einem Heirathsvertrage zum Vor„theile der neu angehenden Ehegatten gemacht werden, also „von Ehesteuern. Der Satz 1082. spricht namentlich von „dem Falle, wo solche Schenkungen von Eltern und Vor„eltern geschehen, und doch verordnet der Satz 1090. die „Minderung eben dieser Schenkungen, wenn sich bei Eröff„nung der Erbschaft des Gebers zeigt, daß derselbe dadurch „den Pflichttheil seiner Pflichterben verletzt habe."

„Der Satz 845. sagt nicht mehr und nicht weniger, als „daß der verzichtende Erbe durch seinen Verzicht die Schen-

„kungen nicht verliere, die er vom Erblasser unter Lebenden „erhalten, er sagt nur, daß der verzichtende Erbe diese „Schenkungen nicht einwerfen müsse; daß aber solche Schen„kungen keiner Minderung wegen Ueberschreitung der Ver„fügungsgewalt des Gebers unterliegen, sagt er nicht. „Warum sollte man also diesen Sinn hinein legen, der „nicht in den Worten liegt, und welcher die ganze Lehre „vom Pflichttheil über den Haufen werfen würde?“

Befugniß der Minderjährigen, über ihr Vermögen durch Schenkungen unter den Lebendigen und durch letzten Willen zu disponiren. L. R. Sätze 903. 904.

(Walter gegen Boufleur.)

Die Boufleursche Ehefrau hatte in einem am 13. Sept. 1827. errichteten Ehevertrage — zu einer Zeit, wo sie zwar noch nicht ihre Volljährigkeit erreicht, aber doch ihr 16tes Lebensjahr bereits überschritten hatte, — 10,000 fl. ihrem künftigen Ehemanne, nebst dem Nießbrauch an der Hälfte ihrer weitern Verlassenschaft, verschrieben.

Am 13. Februar 1830. errichtete sie eine letzte Willensverordnung, worin sie ihrem Ehemanne die Nutznießung von derjenigen Hälfte ihres Vermögens, welche nach Abzug der im Ehevertrage verschriebenen 10,000 fl. und der Nutznießung noch übrig blieben, vermachte.

Sie starb einige Zeit nachher ohne Hinterlassung von Notherben, nach eben erreichter Volljährigkeit.

Der letzte Wille ward von dem nächsten Intestaterben der Boufleurschen Ehefrau, Handelsmann Walther,

Namens seines minderjährigen Sohnes, in Bezug auf L. R. Satz 904., angefochten, indem die Erblasserin über mehr als die Hälfte des Vermögensbetrags, worüber sie als volljährig hätte disponiren können, in ihrer Minderjährigkeit verfügt habe. — Er verlangte die Ungültigkeitserklärung des letzten Willens, und stellte insbesondere in der dritten Instanz sein Gesuch dahin:

„den Beklagten für schuldig zu erklären, die Hälfte der „Verlassenschaft seiner verstorbenen Ehefrau, nach Abzug „der ihm im Ehevertrage verschriebenen 10,000 fl. und der „in der letztwilligen Verfügung gemachten Legate, sogleich „frei und ohne Nutznießungsrecht, nebst 5 Proc. Zinsen „vom Todestage der Erblasserin, an den Kläger, als gesetz„lichen Vormund seines minderjährigen Sohnes auszu„folgen."

Das Oberamt Offenburg erkannte am 10. März 1831:

„es gebühre dem klägerischen Theile von der Verlassen„schaft der J. Boufleurschen Ehefrau — jedoch erst „nach Abzug der ihrem Ehemanne im Heirathsvertrag als „Eigenthum verschriebenen 10,000 fl, und der in der letzten „Willensverfügung festgesetzten Legate — ein Viertel sogleich „frei und ohne Nutznießungsrecht für den Beklagten. Mit „dem weitern Begehren sey der klägerische Theil abzu„weisen."

Es änderte aber das Großh. Hofgericht am Mittelrhein dieses Erkenntniß dahin ab, daß es den Kläger mit seiner Klage, unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen abwies.

Das Oberhofgericht bestätigte diesen hofgerichtlichen Spruch durch Urtheil vom 14. Nov. 1833. aus folgenden Gründen:

„In Erwägung, daß 1) das Gesetz zwei Fälle bezeich„net, in welchen die Minderjährigen Ausnahmsweise durch „Schenkungen unter Lebenden, oder durch letzten Willen,

„Verordnungen über ihr Vermögen treffen können, nämlich „a) mittelst Heirathsverträgen in dem im L. R. Satze 903. „Beziehungsweise 1095. bezeichneten Fall zu Gunsten des „andern Ehegatten, b) mittelst letzten Willens, nach Maaß„gabe des L. R. Satzes 904., wenn der Minderjährige das „Alter von 16 Jahren zurückgelegt hat, und unter der Be„schränkung, daß die Hälfte des Vermögensbetrages nicht „überstiegen werde, worüber er als volljährig hätte ver„fügen können;“

„2) Daß die Ausübung dieser Befugniß häufungsweise „statt finden könne, indem die gedachten Gesetzesstellen nichts „enthalten, woraus zu entnehmen wäre, daß die eine Be„fugniß die Ausübung der andern ausschließe, oder daß „beide nicht neben einander ausgeübt werden dürfen.“

„3) Daß in dessen Gefolge die verstorbene Ehefrau des „Beklagten ihrem Ehegatten sowohl mittelst Heirathsvertra„ges unter den gesetzlichen Voraussetzungen, als, nach zurück„gelegtem 16ten Lebensjahre, durch letzten Willen, Schen„kungen machen konnte, die unabhängig von einander zu „Recht bestehen.“

„4) Daß somit dieselbe, unter den im L. R. Satz 1095. „festgesetzten und hier vorhandenen Voraussetzungen, bei „dem Abmangel von Notherben, zu Gunsten ihres Ehe„mannes durch Ehevertrag über ihr ganzes Vermögen mit „Rechtserfolg hätte verfügen können, und ihm also 10,000 fl. „ohngefähr das Fünftheil davon, zu Eigenthum, und die „Hälfte ihrer weitern Verlassenschaft nebenbei zur Nutz„nießung, wie es in dem §. 6. des Ehevertrags vom 13. „Sept. 1827. wirklich geschah, hat verschreiben dürfen, ohne „dadurch von der andern Befugniß ausgeschlossen worden „zu seyn, über die Hälfte ihres Vermögens überhaupt, nach „L. R. Satz 904. durch letzten Willen zu verfügen.“

„5) Daß aber ihre, während der Minderjährigkeit, je„doch nach zurückgelegtem 16ten Lebensjahre, errichtete, so-

„mit unter die Beschränkung des L. R. Satzes 904. fallende „letzte Willensverfügung vom 13. Febr. 1830. nicht die „Hälfte ihrer Verlassenschaft umfaßt, indem sie darin ihrem „Ehemanne nur die Nutznießung von derjenigen Hälfte ihres „Vermögens verschrieben hat, welche nach Abzug der in dem „Ehevertrage erwähnten 10,000 fl. und der Nutznießung „noch übrig war, wo sie gesetzlich befugt gewesen wäre, „über die Substanz selbst der ganzen Hälfte ihres Gesammt= „vermögens letztwillig zu verfügen."

„In Erwägung Alles dessen erscheint die Klage auf „Ungültigkeitserklärung dieser letzten Willensverordnung „und das hierauf in dieser Instanz gestützte Rechtsgesuch „grundlos, und wurde mit Recht von dem Mittelgerichte „abgewiesen."

Bemerk. 1) Der fünfte Entscheidungsgrund war die Grundlage des durch die Mehrheit beliebten confirmatorischen Urtheils, indem angenommen ward, daß die Testirerin die Gränzen, welche die L. R. Sätze 904. und 905. ihrem Dispositionsrechte gesetzt hatten, nicht überschritten habe. Die Berechnung stellte sich dadurch heraus, daß man dasjenige, worüber im Ehevertrage vom 13. Sept. 1827., dem Ehemanne zugewiesen war, als eine für sich bestehende Verfügung ansah, den Betrag dieser Verfügung von der Verlassenschaft abzog, und alsdann annahm, die Ehefrau habe in ihrem Testamente vom 13. Februar 1830. ihre gesetzliche Dispositionsbefugniß nicht einmal erschöpft. — Dieses Letztere war in so fern richtig, als sie ihrem Manne nur die Nutznießung von der Hälfte ihres Vermögens, welche, nach Abzug der 10,000 fl. und des Nießbrauchs noch übrig waren, vermacht hatte, mithin die Substanz der Hälfte nach dem Tode des Mannes, auf den Intestaterben fiel; während sie

gesetzlich befugt gewesen wäre, über diese Substanz selbst zu disponiren.

Dagegen aber wendete der Kläger, welcher die Ueberweisung der Vermögenshälfte sogleich verlangte, ein, daß die Testirerin von jener gesetzlichen Befugniß keinen Gebrauch gemacht habe, daß ihm das Wahlrecht zustehe, und daß er durch den dem Manne vorbehaltenen Nießbrauch sehr gefährdet werden könne, da dieser noch in dem besten Lebensalter sey. — Das Collegium hielt jedoch diese Gründe nicht für erheblich, und zwar um so weniger, als es annahm, daß es sich hier eigentlich nur um ein zufälliges Ereigniß, einem Glücksfalle, nämlich von der Dauer des Lebens des Ehemannes handle, und dem Kläger kein Wahlrecht einzuräumen sey.

2) Bei den nämlichen Verhandlungen kam noch eine andere interessante Frage vor, welche, obwohl sie in den Entscheidungsgründen übergangen werden konnte, weil man annahm, daß die Ehefrau ihr gesetzliches Dispositionsrecht nicht überschritten hatte, doch bei der Deliberation zu verschiedenen Ansichten veranlaßte.

Das Testament vom 13. Febr. 1830. war zwar während der Minderjährigkeit der Boufleurschen Ehefrau errichtet, zur Zeit ihres Todes aber, also in dem Zeitpuncte, wo es in Wirklichkeit trat, hatte sie die Volljährigkeit erreicht.

Ueber die Frage: ob auf ein solches Testament der L. R. Satz 904. seine Anwendung finde, ob nicht durch den Fortbestand des letzten Willens während der Volljährigkeit, etwaige Fehler, die das Testament des Minderjährigen enthalten mochte, geheilt worden, ob die sogenannte regula Catoniana des römischen Rechts, noch unter der Herrschaft des neuen Landrechtes anzuwenden sey? — wurden von den Anwälten manche Gründe für und wider vorgebracht. Der eine führte die Authorität Brauers, der andere die Za-

chariäs und der von dieſem angezogenen franzöſiſchen Rechtslehrer für ſich an.

Analogiſch möchten ſich für die Behauptung, daß das Teſtament des Minderjährigen, wenn er es nach erlangter Volljährigkeit fort beſtehen läßt, dadurch von den Fehlern gegen die geſetzlichen Vorſchriften für die Minderjährigen geheilt werde, aus dem Geiſte des neuen Landrechts, und namentlich aus ſeinen Verfügungen, daß Großjährige die Verbindlichkeiten, die ſie ungültig in der Minderjährigkeit eingingen, nicht weiter anfechten können, wenn ſie dieſelben nach erlangter Großjährigkeit erfüllt haben, L. R. Satz 1311. und andere Gründe anführen laſſen. Und daß, da bei einem Teſtamente von Erfüllung der darin enthaltenen Verbindlichkeiten vor dem Tode des Teſtirers nicht die Rede ſeyn kann, es genügen möchte, wenn er es in der Volljährigkeit hat ohne Abänderung fortbeſtehen laſſen.

Indeſſen bleibt dieſe Frage, wenn ſie einen Entſcheidungsgrund abgeben ſollte, immerhin ſehr zweifelhaft, und kann daher hier nur angedeutet werden.

Anſcheinender Widerſpruch zwiſchen dem L. R. Satz 676. und einer Polizeiverordnung der Stadt Freiburg; und daraus entſtandener Streit darüber, ob die Sache vor die Polizei- oder die richterliche Behörde gehöre?

(Gramm gegen Merian.)

Im 4ten Hefte der neuen Folge der oberhofgerichtlichen Jahrbücher S. 356. folg. findet ſich ein Aufſatz „über die richterliche Competenz bei Gegenſtänden der Gewerbspolizei.“ — Seit dem kam ein anderer Fall vor, wo ebenfalls die

richterliche Competenz, der polizeilichen gegenüber, zweifelhaft ward, indem eine anscheinende Collision zwischen dem neuen Land-Rechte und einer polizeilichen Verordnung der Stadt Freiburg, in Frage war.

Die Bauordnung der Stadt Freiburg vom Jahr 1828., vom Stadtamt erlassen, und durch Erlaß des Kreisdirectoriums vom 4ten Juli 1828. genehmigt, enthält folgende Stelle:

„Oeffnungen in allen zwischen den Häusern befindlichen „Brand- und Scheidemauern werden nicht geduldet, und „jede gegenseitige Vergünstigung der Nachbarn, Oeffnungen „in solche Mauern brechen zu dürfen, wird untersagt."

Ueber den gleichen Gegenstand verfügt aber der L. R. Satz 676.:

„In seiner eigenen Mauer, wenn sie auch unmittelbar „an das Grundstück eines Andern gränzt, darf Jeder, um „sich Licht zu verschaffen, geschlossene und vergitterte Fenster „anlegen."

Nun entstand unter den beiden genannten Parthieen folgender Rechtsstreit. In der Grammischen Giebelmauer befinden sich vier Lichtöffnungen, von welchen einige schon seit langer Zeit bestehen. Neuerdings ward eine weitere Oeffnung in dem vierten Stocke unter dem Dachfirst angelegt, und späterhin auch eine Oeffnung in der zweiten Etage erweitert.

Da der Nachbar Merian diese Oeffnungen nicht dulden wollte, so ward der Streit zuerst vor der Polizeibehörde geführt, dann aber betrat Gramm den Rechtsweg bei dem Stadtamte Freiburg.

Diese Instanz wies die Klage ab, weil es den gerichtlichen Weg in dieser Sache für unstatthaft erklärte.

Auf ergriffene Appellation, bestätigte das Hofgericht das stadtamtliche Erkenntniß mit der Modification: „daß die „erhobene Klage noch zur Zeit und in so lange nicht statt

„finde, bis der Kläger die Erlaubniß zum Gebrauch der „fraglichen Lichtöffnungen, bei den competenten Administra„tivbehörden erwirkt haben wird.“

In der Oberappellations-Instanz ward die Bitte darauf beschränkt: das Oberhofgericht wolle erkennen, es finde gerichtliches Verfahren jetzt schon statt, und Oberappellat sey in die Kosten zu verfällen.

Es erging aber ein bestätigendes Erkenntniß mit folgenden Entscheidungsgründen:

„Der L. R. Satz 676. hat lediglich den Fall im Auge, „in welchem der Nachbar durch Anlegung von Oeffnungen „in seiner eigenen Mauer sich Licht verschaffen kann, ohne „den Eigenthümer des benachbarten Grundstückes auf irgend „eine Weise zu benachtheiligen; durch welche gesetzliche „Bestimmung aber in Städten die Befugniß der Polizeibe„hörde nicht ausgeschlossen ist, solche Verfügungen zu erlas„sen, welche sie für nöthig erachtet, die benachbarten „Gebäude gegen Feuersgefahren, welche durch dergleichen „Maueröffnungen entstehen können, zu bewahren. Da nun „bei der hier in Frage liegenden Freiburger Local-Verord„nung Rücksichten der letztern Art eintreten, mithin dieselbe „nicht als gegen die Bestimmungen des Civilgesetzes anstoßend betrachtet werden kann, so gehört vorliegende Sache „allerdings nicht zuerst an die Gerichte, sondern vielmehr „an die Polizeibehörde, und es besteht sonach auch keine „gegründete Beschwerde gegen die hofgerichtliche Entschei„dung.“

II.

Entscheidungen unter der Herrschaft des ältern Proceßverfahrens.

Ist, nach Badischem Landrecht, eine Klage aus dem sogenannten Differenzienhandel von Staatspapieren zulässig.

(Ueberfeld gegen S. Ullmann.)

Im Juli 1830. schlossen beide genannte Handelsleute mit einander ein Geschäft zu Frankfurt a. M. ab, dessen Natur und Umfang aus folgendem, von Ullmann an Ueberfeld unter dem 15. Juli 1830. erlassenen Schreiben hervorgeht:

„Einverstanden mit Ihrem werthen Gestrigen, beziehe ich „von Ihnen Ende August prossimo Stücke Hundert pol„nische Partialloſe von 300 fl. Polnisch jedes, vom Anlehn „von 42 Millionen bei S. A. Fränkel in Warschau, gegen „den zum Cours von Thaler drei und sechzig und ein halb „per Stück, den Thaler à 1¾ fl. im 24 fl. Fuß ausmachen„den baaren Betrag. Am ersten September 1830. ist dieses „Engagement erloschen.“

Als nun Ende August 1830. Ullmann sich zum Bezug dieser 100 Loose bei Ueberfeld nicht gemeldet hatte, so ließ dieser am letzten des gedachten Monats jenen Engagementbrief protestiren, und da es sich fand, daß Ullmann unterdessen von Frankfurt abgereiset war, so trat Ueberfeld

gegen ihn bei seinem foro domicilii, dem Stadtamte Mannheim, klagend auf. Er forderte als Differenz des Courses 1225 fl. und Zinsen zu 6 pCt. vom 31. August 1830. an.

Unter mehreren der Klage entgegen gesetzten Einreden, ward auch die entgegen gehalten, daß das Geschäft seiner Natur nach eine Wette sey, bedungen auf das Steigen oder Fallen des Courses; worauf eine Klage nicht statt finde.

Ueber diesen Punct äusserte sich der Kläger in seiner Replik dahin: nach Frankfurter Gesetzen seyen die Verträge über dergleichen Differenzgeschäfte erlaubt und in den Gerichten werde darüber entschieden. Es müsse aber in dieser Sache nach Frankfurter Gesetzen gesprochen werden, weil der Vertrag zu Frankfurt abgeschlossen sey, und weil Ullmann, um dergleichen Geschäfte zu treiben, sein Domicil auf lange Zeit zu Frankfurt genommen, und sich nur von dort entfernt hätte, um seinen Verbindlichkeiten zu entgehen.

Nach des Beklagten Behauptung in der Duplik sollte das Geschäft, welches sich blos auf die Coursdifferenz der polnischen Papiere bezogen habe, eine Wette gewesen seyn, und es fände, nach L. R. Satz 1965. keine Klage daraus statt. —

Die erste Instanz wies die Klage lediglich ab, indem sie zum Entscheidungsgrunde den L. R. Satz 1965. und eine Badische Verordnung vom 13. Nov. 1823., welche Spiel auf Lotteriegewinn für ein unerlaubtes Glücksspiel erklärt, und bei Strafe verbietet, — nahm.

Um die Appellation, welche Kläger gegen dieses Erkenntniß ergriff, zu rechtfertigen, deducirte er wiederholt daß das Geschäft nach den Gesetzen der Stadt Frankfurt beurtheilt werden müsse, weil es dort abgeschlossen sey, und Beklagter damals dort domiciliirt habe. Es ward sich auf Satz 3. und Zusatz 3. a. des Landrechts, und auf Thibaut Pan-

dectensystem §. 36. bezogen, um den Satz zu unterstützen, daß ein im Auslande gültig errichtetes Rechtsgeschäft auch im Inlande aufrecht erhalten werden müsse. Nur der im Lande eingeführte **modus procedendi** müsse beobachtet werden; zu seinem Begriffe gehöre aber nicht der Gegenstand, welcher gerichtlich verfolgt werde, sondern die Art und Weise, wie es geschehe. Die Frage: ob geklagt werden könne, oder nicht? gehöre zum **objectum litis**, welches nach den Gesetzen des **fori contractus** beurtheilt werden müsse. In Frankfurt wären dergleichen Coursdifferenzien klagbar, wie Beklagter dieses nicht widersprechen könne. Aber auch nach Badischen Gesetzen stehe der Klagbarkeit einer solchen Differenz nichts im Wege, denn es sey unrichtig, daß ein Handel der Art mit Staatspapieren unter die Kategorie von Spiel und Wetten falle. Ein Glücksvertrag sey es allerdings, aber nicht jeder Glücksvertrag sey nach dem Landrechte unklagbar, sondern nur eine Spiel- und Wetteschuld. Der Handel mit Staatspapieren aller Art werde weder als Spiel noch als Wette bezeichnet; er sey vielmehr eine Handelsspeculation, berechnet auf das Fallen und Steigen der Staatspapiere, und gebauet auf Grundsätze, Umstände und deren Combination. Werde sich nun in den Grundsätzen der Berechnung oder der Combination geirrt, oder träte ein Zufall ein, so habe derjenige, der sich getäuscht, den Schaden zu tragen.

Das Badische Landrecht sey auf die Handelssachen mit Staatspapieren gar nicht anwendbar. Der Anh. Satz 90. verheiße darüber besondere Verordnungen, zum Beweis, daß das allgemeine Landrecht darauf nicht angewendet werden solle. Diese Verordnungen wären zwar ausgeblieben, allein deßwegen könnten die höchst singulairen Vorschriften über Spiel und Wetten, die ihrer Singularität wegen auf das Strengste zu interpretiren seyen, nicht darauf angewendet werden. Nirgends aber sey im Landrechte die Einklage der

Coursdifferenzien verboten, daher die Klage nicht habe zurückgewiesen werden können.

Nach eingekommener Einwendungsschrift, erkannte das Großherzogl. Hofgericht des Unterrheins am 4. August 1831. reformatorisch: „daß Beklagter schuldig und verbunden sey, dem Kläger die eingeklagten 1225 fl. nebst Zinsen „zu 6 pCt. vom 31. August 1830. an bis zum Tage der „Zahlung, zu bezahlen.“ —

In der Oberappellationsinstanz wollte ausgeführt werden, daß die zweite Instanz unrichtig von dem Vorhandenseyn eines Differenzgeschäftes ausgegangen sey, da der Beklagte dieses nie cathegorisch zugegeben habe, vielmehr darauf bestehe, daß die Klage lediglich eine Entschädigungsklage sey.

Um bei der in der Rubrik dieses Rechtsfalles aufgestellten Frage stehen zu bleiben, ist zu bemerken, daß die Ansichten des höchsten Gerichtshofes über die Natur des fraglichen Rechtsgeschäftes und über die Zulässigkeit des daraus entspringenden Klagrechts, sehr verschieden waren.

Der erste Referent zum Libelle hielt das Rechtsgeschäft für einen Spielvertrag, und unterstützte diese Ansicht durch folgende Betrachtungen. — Nach L. R. Satz 1964. sey ein Glücksvertrag jene Uebereinkunft, deren Wirkung auf Gewinn und Verlust entweder für alle Partheien, oder für eine oder mehrere aus ihnen, von einer ungewissen Begebenheit abhänge; dergleichen sollten Spiel und Wette seyn; nach L. R. Satz 1965.

Die Ansicht, welche Kläger aufstelle, daß das Geschäft nichts weiter sey, als ein Glücksvertrag, eine Handelsspeculation, habe zwar vielen Anschein für sich; indessen wäre ein solcher Vertrag über Zahlung der Coursdifferenz kein Handelsgeschäft im Sinne des Anh. Satzes 1. Nur den

Umsatz von Staats- und Handelspapieren erkenne jenes Gesetz als ein Handelsgeschäft an, wo also die Papiere selbst der Gegenstand des Handels wären, und nicht blos ihre Coursdifferenz. Bei einem Vertrage, wie der fragliche, brauche aber kein Theil die Papiere, um deren Cours es sich handle, in der Hand zu haben, der verlierende Theil habe nicht den geringsten Vortheil, sondern allen Schaden, dagegen der Gewinnende zu seinem Gewinne gar nichts beitrage, und nicht die geringste Verbindlichkeit überkomme; darin könne man unmöglich ein Handelsgeschäft erblicken.

Eine Speculation möge allerdings mit unterlaufen, aber keine solide Handelsspeculation, die einen gewissen Aufwand fordere, und deren Erfolg deßhalb nicht dem Zufalle überlassen bleibe, oder von einer ungewissen Begebenheit abhängig gemacht werde. Unvorhergesehene Ereignisse könnten zwar auch da den Erfolg einer vernünftigen Handelsspeculation vereiteln, aber sie sey doch kein Wagniß von der Art, wie das Spielen um Coursdifferenz, wo, ohne Aufwand, aller Gewinn von einem einzelnen zufälligen oder ungewissen Ereignisse abhängig gemacht worden.

Man könne einen solchen Vertrag mit allem Rechte einen Spielvertrag nennen. Beide Theile versprächen sich gegenseitig, im Fall ein ungewisser Thatumstand eintreten oder nicht eintreten — die Papiere steigen oder fallen sollten — Etwas, nämlich die Coursdifferenz, an den Andern verlieren zu wollen. Speciell sey nun zwar ein solcher Vertrag im Landrechte nicht unter den verbotenen Spielen genannt, aber im Allgemeinen sey er als Spielvertrag unter den L. R. Satz 1955., der keine Klage auf Zahlung einer Spielschuld gestatte, zu subsumiren. — Der Referent bezog sich deßhalb auf Brauers Erläuterungen zu dem Satz 1964.

Der vorliegende Vertrag über die Coursdifferenz habe auch Rechtsähnlichkeit mit einer Wette, indem nach seinem

wahren Gehalt der eine Theil wette, daß die polnischen Loose zu Ende August 1830. über den Cours von 63½, und der andere Theil, daß sie unter diesem Cours stehen würden; der verlierende Theil sollte die Differenz bezahlen, wie sich dieselbe am Ende Augusts herausstelle. Dieser Spielvertrag sey in einen Kauf eingekleidet, der ihm aber, als blos simulirt, keine Gültigkeit geben könne. — Da kein Kauf vorhanden sey, so lasse sich auch keine emtio spei denken. Könnte man aber auch das Geschäft als einen Hoffnungskauf ansehen, so behalte es doch als solcher immer den Character eines Spielvertrags, der keine Klage zulasse.

Nachdem der Referent noch verneinet hatte, daß die Statthaftigkeit der Klage nach den Gesetzen der Stadt Frankfurt, als dem forum contractus zu beurtheilen sey, weil es sich nicht von der äussern Form und der Gültigkeit eines auswärtigen Rechtsgeschäftes, sondern nur davon handle, in wie weit es Rechte und Verbindlichkeiten in materieller Hinsicht ergänzen könne, — so concludirte er daraus, daß die Klage nach Badischer Gesetzgebung unstatthaft sey, und trug aus diesen und andern Gründen auf Zulassung der Oberappellation an.

Diese ward vom Senate genehmigt, indessen bemerkte der Instructivvotant, daß ein sogenannter Differenzienkauf die meiste Aehnlichkeit mit einer Wette habe, obwohl es mehreren Zweifeln unterliegen könne, ob er deßwegen nach L. R. Satz 1965. nicht klagbar sey. An den eigentlichen Differenzienhandel unserer Zeit habe der Gesetzgeber wohl schwerlich gedacht, als er eine Klage auf Zahlung einer Spielschuld oder Wette für unstatthaft erklärte, und wirklich unterscheide dieses Geschäft sich von der gemeinen Wette dadurch, daß hier nicht versprochen werde, etwas Bestimmtes zu geben oder zu thun, wenn ein gewisses Ereigniß eintrete, sondern daß das zu Gebende selbst erst dadurch bestimmt werden solle. — Die vorwürfige Frage sey von bedeutender

Wichtigkeit für künftige Fälle. Bei den französischen Gerichten, welche nach gleichen Gesetzen, wie die Badischen, sprächen, beständen darüber verschiedene Ansichten, und um so zweifelhafter werde die Sache, da das Gesetz nur analogisch angewendet werden könne, so daß die Oberappellation zugelassen werden müsse, um demnächst die Frage noch gründlicher prüfen zu können.

Der oberhofgerichtliche Referent bei der Definitivdeliberation nahm an, daß von einer Entschädigungsklage hier nicht die Sprache seyn könne, schon um deßwillen, weil Kläger dazu erst einen positiven Schaden hätte nachweisen müssen, auch die streitenden Theile zugäben, daß nur ein Geschäft über die Differenz am Ende August 1830. in Frage sey, und es daher nicht zur Begründung der Klage nothwendig sey, daß Kläger die Papiere zur Zeit des Offerts besessen habe.

Nach der Natur und dem Zweck der angestellten Klage sey sie lediglich auf Vertragserfüllung, und zwar auf Erfüllung eines Glücksvertrags gerichtet. Als Glücksspiele nenne nun der L. R. Satz 1964. den Assecuranzvertrag, das Darlehn auf Bodmerei, das Spiel, die Wette und den Leibrentenvertrag, erwähne aber nicht das sogenannte Differenzgeschäft in den Coursen der Staatspapiere. Indessen sey daraus nicht der Schluß zu ziehen, es müsse unter die verbotenen Spiele gezählt werden, und unter die gesetzlich verbotenen Wetten gehören, indem über alle erlaubte Geschäfte der Art, als Assecuranz, Bodmerei und Leibrenten, die Gesetze eigene Vorschriften enthielten. Denn der L. R. Satz 1964. habe nicht die Absicht gehabt, den Begriff von Glücksverträgen im Allgemeinen festzusetzen, sondern er habe nur Beispielsweise einige derselben aufgeführt, worunter von dem Spiel und der Wette, als unerlaubten, besonders die Rede sey. Daß das Gesetz keine geschlossene Zahl derselben habe bestimmen wollen, darüber

habe es sich deutlich genug erklärt, indem es blos sage: „dergleichen sind das Spiel u. s. w.“, was mithin andere, auf welche der allgemeine vorausgehende Begriff von Glücksverträgen passe, keineswegs ausschließe.

Bei der weitern Frage: ob das fragliche Geschäft zu denjenigen Glücksverträgen zu rechnen sey, bei welchen das Gesetz keine Klage zulasse? — ging der Referent davon aus, daß dieser Fall nicht nach Frankfurter Gesetzen zu entscheiden sey. Bei Klagen vor dem Gerichtsstande des geschlossenen Contracts werde, nach Danz Grundsätzen des gem. bürgerlichen Processes S. 331. vorausgesetzt, daß derjenige, der belangt werde, entweder Güter im Auslande besitze, oder daselbst angetroffen werde, welches Beides bei Ullmann nicht der Fall sey.

Wenn nun alles darauf ankomme, ob das Rechtsgeschäft nach Badischen Gesetzen klagbar sey, so nähme das Landrecht nur zwei Arten von Glücksverträgen von den erlaubten aus, das Spiel und die Wette, und zu einer dieser Arten müsse das Geschäft gerechnet werden, wenn die Klage als unstatthaft zurückgewiesen werden solle.

Zu verkennen sey nun nicht, daß das Differenzgeschäft sehr viel Aehnlichkeit mit der Wette habe; allein wenn man den richtigen Begriff dieses Geschäftes vor Augen nehme, und damit den Begriff von der Wette vergleiche, so müsse Referent sich für die Ansicht des klägerischen Sachwalters in der Oberappellations-Einredeschrift erklären, daß es bei dem Differenzgeschäfte an zwei wesentlichen Merkmalen einer Wette fehle. Nämlich, daß dasjenige, was verwirkt werden solle, wenigstens im Allgemeinen gewiß, und daß der Thatumstand, von dessen Existenz die Verwirkung abhängen solle, fest behauptet und bestimmt sey, welches aber bei diesem Geschäfte nicht der Fall wäre.

Der Referent hielt daher die Ansicht des hofgerichtlichen für die richtige, daß in dem fraglichen Differenzgeschäfte

nichts weiter zu finden sey, als der Kauf der Hoffnung eines zu machenden Gewinns (emtio spei) einer künftigen unkörperlichen Sache. Könne man dieses annehmen, so würde, in der Rücksicht, daß eine Verbindlichkeit nach L. R. Satz 1130. zukünftige Sachen umfassen dürfe, ohne daß derselbe einen Unterschied zwischen körperlichen und unkörperlichen Sachen mache, an der Gültigkeit und Klagbarkeit des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes nicht zu zweifeln seyn; um so weniger, als Glücksverträge, worunter im Grunde auch der Hoffnungsvertrag gehöre, im Allgemeinen und in der Regel unter die erlaubten Verträge gezählt würden, Ausnahmen von der Regel aber nicht ausdehnend interpretirt werden dürften.

Zwar wolle der Sachwalter des Beklagten und der frühere Referent behaupten, daß das fragliche Geschäft sich keineswegs unter den Begriff eines Hoffnungskaufes subsumiren lasse, denn es komme dabei kein Kauf vor; wogegen der Hoffnungskauf ein wahrer Kauf sey, dessen Gegenstand dasjenige wäre, was durch eine gewisse Handlung, deren Ausgang noch ungewiß sey, erhalten werden könne. Bei dem Coursdifferenzgeschäfte fehle es an einem Kaufpreise und an einem Kaufobjecte. Vornämlich am letztern, denn es mache sich dabei der Eine dem Andern nicht verbindlich, Etwas zu überlassen, wenn er dasselbe selbst erhalten würde, nämlich sein eventuelles Eigenthum; sondern er verspreche nur, ihm eine selbst noch erst durch den Zufall zu gewinnende Summe zu bezahlen, wenn ein gewisser Fall einträte oder nicht.

Allein diese Anstände fielen weg, wenn man die Natur der Hoffnungskäufe und ihre Verschiedenheit von andern näher betrachte und insbesondere bedenke, daß unter den zukünftigen Sachen, welche in der Regel für Vertragsgegenstände erklärt seyen, nicht nur solche gehörten, deren künftige Entstehung und Betrag im Voraus als gewiß an-

genommen werden könne, sondern auch solche, bei welchen die Entstehung oder der Betrag, oder beides zusammen von ungewissen Zufällen abhänge. Daß, sobald die Frage von der Art, wie zukünftige Sachen Vertragsgegenstände würden, sey, man bei jener Gattung von zukünftigen Sachen, bei welchen die Entstehung oder der Betrag, oder beide zusammen, von ungewissen Ereignissen abhingen, den Unterschied vor Augen haben müsse, ob sie mittelbar oder unmittelbar Vertragsgegenstände seyen, daß aber in dem ersten Falle, wenn man z. B. Jemanden allen Wein, der dieses Jahr in einem Weinberge wachsen werde, um 50 fl. verkaufe, alsdann nur die Hoffnung des Wachsthums als eine gegenwärtige Sache, der eigentliche Vertragsgegenstand sey; daß hingegen der Wein selbst, als die künftige Sache, hierbei nur als Frucht der Hoffnung in Betracht komme, und daher nur mittelst dieser, also mittelbare Vertragssache sey, daß es dabei niemals stillschweigende Bedingung werde, daß Etwas zur Wirklichkeit komme, sondern nur daß es zur Wirklichkeit kommen könne.

Wende man nun das Vorgedachte auf das Differenzgeschäft als einen Kauf an, so sehe man deutlich, daß es bei solchem weder an einem Kaufgegenstande, noch an einem Kaufpreise fehle. So wie nämlich in dem Falle, wenn der diesjährige Weinwachs um 50 fl. verkauft werde, nicht die gehoffte künftige Sache, sondern die Hoffnung selbst, als eine unkörperliche Sache, den Gegenstand des Kaufes ausmache, so wäre auch bei dem Coursdifferenzgeschäfte die Hoffnung des künftigen Steigens oder Fallens der Course der Staatspapiere der Kaufgegenstand, der Betrag der Coursdifferenz aber der eigentliche Kaufpreis. Auch könne es seyn, daß diese Papiere in der bestimmten Zeit gar nicht stiegen oder fielen, sondern stehen blieben.

Nähme man diese Ansicht eines Hoffnungskaufes als richtig an, welcher rechtlich klagbar sey, so müsse auch die

Klage als an und für sich begründet angesehen werden; so daß es nur noch auf die dem Materiellen der Klage entgegengesetzten Einreden ankommen würde.

Da nun der Referent diese speciellen Einreden, die nicht weiter in diesen Aufsatz gehören, für unbegründet hielt, so concludirte er auf Bestätigung des hofgerichtlichen Erkenntnisses.

Das vorgeschlagene bestätigende Urtheil ward vom Oberhofgerichte am 27. Nov. 1833. erlassen, jedoch nur durch Stimmenmehrheit. Einer von den Votanten hielt das Geschäft zwar für einen Spielvertrag, aber doch für keinen im Landrechte verbotenen.

Bemerk. Der Differenzienvertrag mag in Frankreich schon von Alters her, so wie andere Börsenspeculationen, üblich gewesen seyn; dieses belegen die unter der frühern Königlichen Regierung und während dem Consulate ergangenen mehrfältigen Verordnungen über den Handel mit Staatspapieren, besonders aber der französische Strafcodex in seinen Art. 421. und 422. Im letzteren wird diese Speculation „Wetten, paris, auf das Steigen und Fallen der öffentlichen Effecten" genannt, — mit einer Gefängnißstrafe im geringsten Falle von einem Monate, im höchsten von einem Jahre, und mit einer Geldstrafe von 500 bis 10,000 Francs belegt, und der Uebertreter von 5 Monaten bis zu 2 Jahren unter polizeiliche Aufsicht gestellt. — Für eine derartige Wette sieht der Art. 422. „jede nicht declarirte Verkaufsconvention von Staatspapieren an, wobei „der Verkäufer nicht beweisen kann, daß sie ihm zur Zeit „der Convention zur Verfügung gestanden haben, oder dieses „zur Zeit der Lieferung seyn mußte."

Merlin im repert. voc. „marché à terme" führt vier Königliche Ordonnanzen über diesen Gegenstand an, vom

7. August und 2. Oct. 1785., 22. Sept. 1786. und 14. Juli 1787. — Inzwischen war ihre Rechtskraft einigermaßen bestritten, weil sie vom Parlamente nicht enregistrirt waren, auch erklären sie zwar dergleichen Geschäfte für nichtig, untersagen aber den Gerichten nicht, eine Klage darauf anzunehmen.

Darnach sollte man glauben, daß da, wo wie in dem vorliegenden Falle, die Existenz der polnischen Papiere in des Klägers Hand, zur Zeit der verabredeten Lieferung, nicht nachgewiesen oder behauptet war, die Klage bei den französischen Gerichten keinen Eingang gefunden haben würde. Indessen sind auch in Frankreich die gerichtlichen Entscheidungen sich darunter nicht durchaus gleich. In einem andern hier anhängigen Processe wurden dem höchsten Gerichtshofe Gutachten der Advokatenkammer zu Paris, und Urtheile mehrerer französischen Gerichte, namentlich eines des Cölnischen Handelsgerichtes und des dortigen Appellationshofes vorgelegt, welche die Zulässigkeit solcher Klagen verneinten, während andere Gerichtshöfe nicht nur die Klage zuließen, sondern auch auf Zahlung erkannten. — Will man der Theorie Zachariäs im französischen Civ. Rechte 2. B. S. 301. (neueste Ausgabe) folgen, so wird die verneinende Antwort auf die Frage von der Gültigkeit solcher Differenzienhändel, keinen Anstand haben. Dort sagt er:

„Es ist ein Kauf ungültig, welcher über Staatspapiere „in der Art geschlossen wird, daß an einem bestimmten „Tage nicht die Papiere selbst geliefert, sondern nur die „Procente, um welche die Papiere seit dem Tage des ab„geschlossenen Kaufes gestiegen oder gefallen sind, beziehungs„weise von dem Verkäufer oder von dem Käufer bezahlt wer„den sollen."

Daraus würde aber noch nicht unmittelbar folgen, daß dergleichen Verträge nicht klagbar wären, d. h. daß die

Klage von den Gerichten nicht angenommen werden dürfte, sondern nur, daß die auf ein solches Geschäft gestützte Klage als unbegründet zurückgewiesen werden müßte. Denn der Art. 1965. des **Code Nap.** sagt nur von den beiden Glücksverträgen, dem Spiele und der Wette: „**la loi n'accorde aucune action;**“ ob aber die französischen Tribunale das Differenziengeschäft zu einem dieser beiden Glücksverträge rechnen, ist dem Herausgeber nicht bekannt, er zweifelt aber daran.

Im Badischen kommt dieser Handel nicht häufig vor, wenigstens ist beim Oberhofgerichte, ausser diesem Processe, nur noch ein einziger, jedoch von beträchtlicher Bedeutung, im Jahre 1829. vorgelegen, zwischen einem Pariser Handelshause und einem Handelsmanne zu Mannheim, welcher aber vor dem oberhofgerichtlichen Spruche verglichen ward.

Als das neue Landrecht in hiesige Lande eingeführt ward, war das Differenziengeschäft gar nicht, oder doch nicht häufig im Gange, es mag also bei Abfassung des Gesetzbuches nicht daran gedacht seyn, da die L. R. Sätze 1964. und 1965. buchstäblich dem Originaltexte des **Code Nap.** gleich sind, auch Brauer in den Erläuterungen dieses Vertrags mit keinem Worte gedenkt. — Wenn es sich aber frägt: ob der Handel auf Differenzien der Staatspapiere zu den nicht klagbaren zu rechnen sey, d. h. zum Spiele oder zur Wette, oder ob er, wie andere Glücksspiele, eine Klage zuläßt, so könnte man annehmen, daß die französische Gesetzgebung ihn zu den Wetten zählt, nach dem Art. 422. des **Code penal.**

Welcher Begriff im Badischen, wo auf diesen Artikel des franz. Strafcoder nicht zurückzugehen ist, anzunehmen sey, darüber wären bei dem höchsten Gerichtshofe verschiedene Ansichten. — In jenem erwähnten Processe des Pariser Handelshauses, wollte der Beklagte die Forderung für eine Spielschuld ausgeben, wofür er manche anscheinende

Gründe vortrug, worüber sich jedoch der Gerichtshof nicht aussprechen konnte. — In dem gegenwärtigen Rechtsstreite, waren die Meinungen zwischen einer Wette und einem Hoffnungskaufe (emtio spei) getheilt.

Mit der Wette hat das Geschäft sehr große Rechtsähnlichkeit, doch aber weicht es von dem rechtlichen Begriffe derselben in manchen Nebenbestimmungen ab, wie aus dem Auszuge aus dem Vortrage des zweiten oberhofgerichtlichen Votanten erinnerlich seyn wird.

Von dem Hoffnungskaufe, welchen das Hofgericht und die Mehrheit des Oberhofgerichts annahm, trägt das Geschäft wesentliche Merkmale. Denn so genügt, nach Zachariä a. a. O. 2. Band, S. 290. Not. 12. zum Kaufe auch ein mittelbar bestimmter Preis, wie er beim Hoffnungskaufe eintritt. Eben so rechnet dieser Schriftsteller zu den Sachen, welche Gegenstände des Kaufes seyn können, solche, die nur „in der Hoffnung existiren, wie z. „B. Früchte, die erst wachsen sollen, oder ein Fischfang, „der erst gethan werden soll." — In so weit stünde also nichts entgegen, um in diesem Falle eine emtio spei als Vertragsgegenstand anzunehmen. Bleibt man jedoch bei dieser Theorie, welche auch der oberhofgerichtliche Endreferent annahm, stehen, so folgt zwar, daß eine auf Vollzug des Gesetzes gerichtete Klage nicht als verboten durch die Landesgesetze anzusehen wäre; nach Zachariä's Auslegung des französischen Rechts aber, wäre diese Speculation als Ausnahme von der Regel, daß alle und jede Sachen und Güter, welche im Verkehr sind, auch Gegenstände des Kaufsvertrags seyn können, nicht erlaubt, weil dieses Verbot auf besondern gesetzlichen Vorschriften beruht. In Frankreich mag dieses, nach den oben angeführten Königlichen Ordonnanzen und dem Strafcoder, ganz richtig seyn, in unserer Gesetzgebung sind aber dergleichen Verbote nicht mit einbegriffen.

Rechtsstreit über die Auslegung eines Lieferungvertrags. In wie weit ist die Form des L. R. Satzes 1325. bei solchen schriftlichen Lieferungsverträgen zu beobachten, wenn sie volle Beweiskraft haben sollen?

(Levinger gegen Seligmanns Söhne.)

Die streitenden Theile schlossen am 19. Januar 1825. einen Vertrag mit einander ab, dessen Zweck sich aus dem Eingange desselben ergibt:

„Laut höherer Verordnung" — heißt es darin — „vom „18ten Januar 1825. soll sich alles Personale der sich in „Carlsruhe befindlichen fünf Ministerien, nebst allen seinen „anhängig zugetheilten Stellen, so wie auch alle Hofgerichte, „Kreisdirectorien u. s. w. des Großherzogthums Baden uni„formiren. — Zufolge diesem sind wir nun übereingekom„men, die zu dieser Uniformirung erforderlichen Tücher „sammt allen andern Zugehören gemeinschaftlich zu liefern, „und solche Bedingnisse zu dessen Vollzug festgesetzt." —

Unter den Vertragsbedingungen sind nur folgende zu bemerken: Im §. 1. machten Seligmanns Söhne sich verbindlich, den Nutzen von allen zu diesem Gebrauch erforderlichen verkauften Waaren mit Levinger hälftig gewissenhaft zu theilen, welches Vertragsgeding auch dieser Letztere, nach §. 2., gegen die Erstern zu befolgen, sich anheischig machte.

Nach §. 3. sollte der Einkauf der erforderlichen Waaren von beiderseits besorgt, und alle zu dieser Lieferung treffende Kosten sollten gemeinschaftlich geleistet werden. — Endlich wurde im §. 6. noch Folgendes festgesetzt: „Sollte die „Lieferung blos auf den Namen des Hofagenten Samuel

„Seligmann gestellt seyn, so macht sich derselbe verbind„lich, daß dennoch D. Levinger Theilhaber der Lieferung „ist, und alle vorstehende Bedingnisse ihre volle Kraft und „Gültigkeit haben.“

Diese Urkunde ward einfach ausgefertigt, und einem gewissen Handelsmann Haas zur Aufbewahrung eingehändigt, der sie nachmals dem Gerichte übergab.

Auf den Grund dieses Vertrags klagte im Jahre 1830. Levinger gegen Seligmanns Söhne, behauptete, daß die Beklagten eine beträchtliche Parthie Tücher zu Uniformen im Lande verkauft hätten, und verlangte Rechnung von ihnen, den erzielten Gewinn zur Theilung zu bringen, und vom Tage der Zahlung an, mit 6 pCt. zu verzinsen.

Die Beklagten erwiderten, in formeller Hinsicht, daß die Unterschriften der Urkunde zwar ächt seyen, aber sie selbst wäre nach L. R. Satz 1325. nichtig, da sie nicht dreifach ausgefertiget worden. — In materiellem Betreffe behaupteten sie, daß der Gesellschaftsvertrag nur in Rücksicht auf eine öffentlich zu vergebende allgemeine Lieferung abgeschlossen sey. Da nun eine solche Lieferung nicht vergeben worden, so wäre der Vertrag von selbst zerfallen.

Dagegen führte der Kläger an: der gegen die Form der Urkunde gerügte Anstand sey von keiner Erheblichkeit, weil beklagter Theil die Uebereinkunft nicht in Abrede stelle, mithin, selbst wenn kein schriftlicher Vertrag in der Mitte läge, die Rechnungsstellung nicht verweigert werden könne. Ueberdem wäre die mehrfache Ausfertigung nicht nöthig gewesen, weil der Depositar den Vertrag für beide Theile in Händen gehabt habe. — Der Vertrag sey auch mit keinem Worte von einer öffentlichen Lieferung abhängig gemacht, vielmehr spräche dessen 6ter Art. selbst von dem Falle, daß ein Einzelner den Verkauf übernehme.

Die erste Instanz verwarf die Klage als unbegründet. — In der Appellationsinstanz ward vom Kläger vorgebracht,

Das in dem Vertrage enthaltene Uebereinkommen sey ohne Zweifel eine Verbindung zu einer einzelnen Handelsunternehmung. Für dergleichen Verbindungen wären die Anhangsätze 48. bis 50. des Landrechts maaßgebend, wonach die Verträge darüber sowohl mündlich als schriftlich abgeschlossen, auch durch Zeugen, Briefe und Handelsbücher erwiesen werden könnten. — Die aus diesem Uebereinkommen entspringende Klage sey die **actio pro socio**, darauf gerichtet, daß der beklagte Theil, unter Vorlage seiner Bücher, Rechnung ablege, und den Gewinn zur Theilung bringe.

Der Gegentheil habe nicht nur die Urkunde recognoscirt, sondern auch die Verbindung zu der fraglichen Unternehmung nicht in Abrede gestellt, es bedürfe deshalb die gegen die Form des Vertrags erhobene Einwendung keiner Widerlegung.

Gegen die jenseitige Behauptung, daß die Verbindung nur auf den Fall hin zu Stande gekommen sey, wenn die öffentliche Uniformslieferung geschehen werde, ward bemerkt, daß aus den Worten und dem Sinne des Vertrages hervorgehe, wie sich beide Theile ganz allgemein, und ohne Beschränkung auf eine öffentliche Lieferung verbunden hätten. Das Wort liefern sey gleichbedeutend mit „übergeben, verschaffen;“ Jeder, der etwas verkaufe, liefere dem Käufer das Object. So werde dieser Ausdruck im neuen Landrechte und nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche bezeichnet. Dagegen werde der Ausdruck Lieferung im engern Sinne des Wortes von dem Falle gebraucht, wo größere Massen von Waaren, nach vorheriger Festsetzung der Preise und aus öffentlichen Mitteln angeschafft würden. In dem vorliegenden Vertrag sey aber der Ausdruck liefern und verkaufen abwechselnd gebraucht.

Auf jeden Fall wäre eine von Seiten des Staates auszuschreibende Lieferung in diesem Falle nicht denkbar gewesen, weil die Uniformen für Civilstaatsdiener nicht aus der

Staatscasse bezahlt würden. — Eventuell ward dem Gegentheil der Haupteid darüber zugeschoben:

„ob nicht beide Theile dahin übereingekommen, daß der „Verkauf sämmtlicher Civiluniformen, auch wenn keine „öffentliche Lieferung ausgeschrieben werde, in der Art „gemeinschaftlich sey, daß aller aus diesen Verkäufen „erzielte Gewinn gleichheitlich getheilt werden solle."

Nach eingekommener Einwendungsschrift erließ das Großherzogl. Hofgericht am 11. März d. J. folgendes Urtheil:

„daß der fragliche Gesellschaftsvertrag für rechtsgültig „und wirksam zu achten, beklagte Appellaten, Einwendens „ungeachtet, sofort schuldig seyen, denselben zu erfüllen, daher „über sämmtliche, seit dem Abschlusse desselben bewirkte „Verkäufe von Civiluniformen, durch etwaige Vorlegung „der Handelsbücher, genaue Rechnung zu stellen, und den „hieraus erzielten Gewinn zur hälftigen Theilung mit dem „Kläger zu bringen, weßhalb dem Unterrichter überlassen „bleibe, die etwa deßhalb nöthigen Liquidationsverhandlungen zu pflegen, und zugleich das Erkenntniß sowohl hier„über, als über die vom Kläger verlangten Zinsen, — zu „ertheilen."

In der Oberappellationsinstanz ward sich über den ganzen Inhalt des hofgerichtlichen Erkenntnisses beschwert, jedenfalls aber darüber, daß die vordere Instanz die Beklagten pure condemnirt habe, ohne Rücksicht auf den ihnen deferirten, und von ihnen eventualiter acceptirten Haupteid.

Es erfolgte vom Oberhofgerichte am 29. Nov. 1833. ein reformatorisches Urtheil, welches auf den Eid, so wie er vom Kläger seinen Gegnern zugeschoben war, erkannte.

Die beiden oberhofgerichtlichen Referenten prüften

A. die Frage: ob die fragliche Vertragsurkunde, ihrer formellen Beschaffenheit nach, vollbeweisend sey?

Die mehrfache Ausfertigung, welche L. R. Satz 1325. erfordere, müsse in allen doppelseitigen Verträgen statt finden:

für welche, nach L. R. Satz 1102. jene Verträge angesehen werden müßten, in welchen die Vertragspersonen sich wechselseitig zusagten, etwas zu geben, zu thun, oder zu unterlassen. Dahin gehöre ohne Zweifel der jetzt streitige Vertrag, er habe also nicht die Kraft einer vollbeweisenden Privaturkunde, sondern könnte allenfalls nur, zufolge L. R. Satz 1347., als Anfang eines schriftlichen Beweises dienen; obwohl auch dieser letztere Satz unter den Rechtslehrern bestritten sey.

Die Behauptung des Klägers 1) daß die doppelte Ausfertigung bei Verträgen, bei denen alle Theile nur einen Zweck hätten, als überflüssig wegfalle, sey grundlos. Denn, wenn L. R. Satz 1325. sage: „eine Urschrift ist hinreichend für alle Personen, die bei der Sache nur einen gemeinschaftlichen Zweck haben," so habe das Gesetz den Fall vor Augen, wo der eine Vertragschließende Theil aus mehreren Individuen bestehe. In diesem Falle solle es nicht so vieler Urschriften bedürfen, als es einzelne Individuen seyen, sondern es solle dem ganzen Consortium eine Abschrift genügen.

Dagegen könnten der Natur der Sache nach, bei dergleichen Verträgen beide contrahirende Theile niemals einen entgegengesetzten Vortheil haben und es müsse daher für den doppelseitigen Vertrag wenigstens eine doppelte Ausfertigung eintreten.

Die zweite Behauptung der Kläger, daß die doppelte Ausfertigung darum unnöthig werde, weil die Vertragsurkunde bei einer dritten Person hinterlegt worden sey, wäre eben so gehaltlos. — Denn davon sage das Gesetz kein Wort, vielmehr laute seine Vorschrift ganz allgemein.

Nun habe zwar der Richter erster Instanz geglaubt, über diesen formellen Mangel weggehen zu können, weil a) solcher durch die Anerkennung der Aechtheit der Vertragsurkunde von Seiten der Beklagten beseitiget werde. Allein

durch dieſe Theorie würde die Wirkſamkeit des L. R. Satzes 1325. völlig umgeſtoßen werden. Denn fehle es an dem Beweiſe der Aechtheit der Unterſchriften, ſo beweiſe die Vertragsurkunde, auch abgeſehen von dem Mangel der doppelten Ausfertigung, ohnehin nichts. Beweiſe hingegen eine ſolche nur einfach ausgefertigte Urkunde, nach anerkannter Unterſchrift, deren Inhalt vollſtändig, ſo würde von der Vorſchrift des L. R. Satzes 1325. nichts mehr übrig bleiben. — Allerdings würde es auf den Mangel der doppelten Ausfertigung alsdann nicht weiter ankommen, wenn der andere Theil nicht nur die Exiſtenz des Vertrags, ſondern auch deſſen Inhalt, unbedingt und ohne Einſchränkung vor Gericht anerkannt hätte; allein dann liege der Grund des Beweiſes nicht in der Vertragsurkunde, ſondern vielmehr in dem gerichtlichen Geſtändniſſe. Daher müßte ein ſolches Geſtändniß alle durch den L. R. Satz 1356. erforderte Eigenſchaften haben.

Es ward aber gezeigt, daß das Geſtändniß mit der Einſchränkung abgelegt ſey, daß der Vertrag nur mit Rückſicht auf eine öffentlich zu vergebende allgemeine Lieferung abgeſchloſſen worden, und da dieſe nicht ſtatt gehabt, wieder zerfallen ſey. — Auf keinen Fall könne aber durch die anerkannte Aechtheit der Unterſchriften, der Mangel in der Form der Vertragsurkunde als beſeitigt angeſehen werden.

b) Ein zweiter Grund, weßhalb der Unterrichter dieſen Mangel in der Form für unerheblich halte, ſolle darin liegen, weil der Vertrag, als zu einer einzelnen Handelsunternehmung abgeſchloſſen, an die Formen ſolemner Geſellſchaftsverträge nicht gebunden ſey, ſondern auch durch Handelsbücher, Briefe und Zeugen erwieſen werden könne.

Es gab der oberhofgerichtliche Referent zwar dem Unterrichter darunter Recht, daß es ſich hier um eine Handelsunternehmung im Sinne des Anh. Satzes 47. f. des Landrechts handle, wozu wohl jede Vereinigung mehrerer Handelsleute

zu einem gemeinschaftlichen Handelsgeschäft, zu welchem die Umstände des Augenblickes (hier die ergangene Verordnung wegen Anschaffung der Uniformen) die Gelegenheit darböten, gerechnet werden dürfte.

Allein daß diese Eigenschaft des Vertrags als Handelsunternehmung einen Einfluß auf die Form der Vertragsurkunde zu äussern, und derselbe eine Beweiskraft zu geben vermöge, welche sie wegen Vernachläßigung der gesetzlichen Vorschrift nicht besäße, davon wollte der Referent sich nicht überzeugen.

Wenn der Anhangsatz 49. verordne:

„daß Verbindungen zu Handelsunternehmungen durch „die Vorlage der Bücher oder des Briefwechsels, ja selbst „durch Zeugen erwiesen werden könne;"

so erweitere das Gesetz zwar dadurch die Zahl der Beweismittel, und gestatte also eine Ausnahme von der Regel des k. R. Satzes 1834. Es ändere aber dadurch an den allgemeinen Vorschriften der Erfordernisse, welche nöthig seyen, wenn ein einzelnes Beweismittel Beweiskraft haben solle, ganz und gar nichts. Eine Privaturkunde, welche über ein Handelsunternehmen, ohne Beobachtung der Vorschriften des k. R. Satzes 1325. abgeschlossen worden, habe daher nicht mehr Beweiskraft, als eine Privaturkunde über jedes andere Rechtsgeschäft.

B. Als Resultat dieser Betrachtungen ward aufgestellt: daß Kläger den factischen Grund seiner Klage weder durch die Vertragsurkunde vom 19. Jan. 1825. noch durch das Geständniß des Beklagten rechtsgenüglich erwiesen habe, wonach also dieser Letztere jedenfalls dadurch beschwert wäre, daß die mittlere Instanz nicht wenigstens auf den eventuell zugeschobenen Haupteid erkannt habe.

Daß es auf diesen Haupteid noch ankomme, werde zwar bestritten, weil der Inhalt der Vertragsurkunde selbst die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten beseitige, daß der

Vertrag nur mit Rücksicht auf eine öffentlich zu vergebende allgemeine Lieferung abgeschlossen sey.

Allein an sich sey es schon sehr unwahrscheinlich, daß beide Theile bei Schließung des Vertrags von einer solchen öffentlichen Lieferung sollten ausgegangen seyn; denn den streitenden Theilen, unter welchen sich selbst ein Hoflieferant befunden, habe es nicht unbekannt seyn können, daß der Staat seinen Civilbeamten ihre Uniformen nicht anschaffe, sondern diese Anschaffung in das Belieben eines Jeden stelle.

Wenn nun beide Theile dahin übereingekommen seyen, die zur Uniformirung erforderlichen Tücher sammt allen andern Zugehörden gemeinschaftlich zu liefern. Und wenn sie sich sodann in den §. §. 1. und 2. verbindlich gemacht hätten, den Nutzen von allen zu diesem Gebrauche erforderlichen Waaren hälftig zu theilen, so diene dieses allerdings der Auslegung, welche Kläger dem Vertrage gäbe, zur Unterstützung.

Die Worte „liefern, Lieferung" welche im Eingange und den ersten Paragraphen des Vertrages vorkämen, paßten so gut auf Uniformserforderniſſe, welche sich einzelne Staatsdiener liefern ließen, als auf solche, welche sich der Staat in größern Massen liefern lasse, daher dieser Ausdruck der Auslegung des Klägers nicht entgegen stehe. Dagegen ständen die Worte des §. 6. der Behauptung des Beklagten bedeutend zur Seite. Doch wäre diese Stelle nicht entscheidend für diese Behauptung. Denn jener § könne auch den Fall bezeichnen, wenn alle bei einem einzelnen Ministerium, oder bei allen Dicasterien in Karlsruhe angestellten Diener, die Lieferung ihrer Uniformen dem Hoflieferanten Seligmann zu übertragen beschließen sollten.

Möge nun auch der Sinn des Vertrags seyn, welcher er wolle, so könne doch der eventuel zugeschobene Haupteid nicht umgangen werden. Denn selbst wenn man dem Vertrage einen Sinn unterlegen wolle, wie Kläger es thue,

so würde sich damit das hofgerichtliche Erkenntniß noch nicht rechtfertigen lassen, weil die Vertragsurkunde ihrer Form nach ein beweisloses Instrument sey, und es also auf ihren Inhalt nicht ankomme.

Auch wenn man den fraglichen Mangel in der Form nicht für erheblich halten, und daher der Urkunde volle Beweiskraft geben wollte, würde doch bei der Zweifelhaftigkeit darüber, ob die Paciscenten bei dem Vertragsabschlusse von der Voraussetzung einer allgemein statt findenden Lieferung ausgegangen seyen, oder nicht, das Erkenntniß auf den Eid nicht zu umgehen seyn.

Bemerk. Die Ansichten, aus welchen die drei Instanzen diesen Rechtsstreit beurtheilten, waren sehr von einander abweichend. — Der Richter erster Instanz stellte 1) hinsichtlich des dem Vertrag vorgeworfenen Mangels in der Form des L. R. Satzes 1325. den Satz auf: daß dieser nur so lange eine Nichtigkeit bewirke, als er Zweifel gegen die Aechtheit der Urkunde errege, welcher Zweifel aber hier durch die Anerkennung der Unterschrift der Urkunde gehoben sey. — Bei Verträgen wäre nicht so sehr, wie bei Testamenten, ihre Gültigkeit an die Form geknüpft. — Nach Anh. Satz 50. des Handelsrechts wären Handelsunternehmungen nicht den Förmlichkeiten anderer Gesellschaftsverträge unterworfen. — Da Anh. Satz 39. bei Eingehung der übrigen Handelsgesellschaften die Beobachtung der Förmlichkeiten des L. R. Satzes 1325. ausdrücklich vorschreibe, so wäre derselbe Ausnahmsweise auf Handelsverbindungen zu einzelnen Unternehmungen nicht anwendbar, und daher die fragliche Urkunde, ihrer Form nach, als ein vollgültiges Beweismittel zu betrachten. — Soviel aber 2) den Inhalt dieses Documents betraf, so ging das Amt davon aus, daß da die Worte des Vertrags zweifelhaft seyen, der Streit

nach den gesetzlich vorgeschriebenen Regeln über die Auslegung zweifelhafter Vertragsstellen entschieden werden müsse.

Der im Vertrage gebrauchte Ausdruck „Lieferung" sey nur in der engern Bedeutung zu nehmen, nach welcher darunter verstanden werde, daß zuvor mit dem Lieferanten ein Accord abgeschlossen worden, wonach eine bedeutende Quantität Waare um einen gleichmäßig festgesetzten Preis, durch den Käufer selbst, oder durch die Regierung, bestellt werde. — Da die Beklagten nun zugäben, über eine Lieferung im engern Sinne des Wortes abgeschlossen zu haben, so hätte Kläger den Beweis des Gegentheils führen müssen, um so mehr, als nach L. R. Satz 1162. ein Vertrag im Zweifelsfalle für denjenigen auszulegen sey, der eine Verbindlichkeit übernehmen solle. — Die Stelle des Vertrags: „würde die Lieferung blos auf den Namen des Hoflieferanten Samuel Seligmann gestellt seyn ꝛc." habe nach allem Sprachgebrauche, der hier, zufolge L. R. Satzes 1159. entscheiden müsse, keinen andern Sinn, als den: von der Regierung, unter Ausschluß aller Andern, mit dem Lieferungsgeschäfte beauftragt zu werden. Daher erscheine der Einwand der Beklagten, daß der Vertrag nur bedingt, für den Fall einer öffentlich übertragenen Lieferung abgeschlossen worden, als erwiesen, und der Kläger sey daher mit seiner Forderung abzuweisen.

Das Hofgericht, welches per unanimia seinem Referenten beitrat, nahm die Ansicht des Unterrichters an, daß der Fehler in der Form der Urkunde gegen die Vorschrift des L. R. Satzes 1325. unerheblich sey. Eine Unterschrift sey für alle Personen hinreichend, welche bei einem Geschäfte gemeinschaftlichen Vortheil hätten; in diesem Falle um so mehr, als die Urkunde bei einem dritten Depositar niedergelegt worden. Ueberhaupt spreche L. R. Satz 1325. nur von der Gültigkeit des Beweises solcher Urkunden, nicht

von der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes an sich; seine Anwendung falle weg, wenn das Geschäft durch Geständniß oder andere gültige Beweismittel hergestellt wäre.

Hier wäre jeder der beiden Hauptpaciscenten in gleichem Maaße bei der Erfüllung des Vertrags interessirt, weil jeder gleichheitlich an dem Gewinn participiren sollte.

Ueber den Inhalt der Urkunde, und die darin angeblich enthaltene beschränkende Bedingung, wich jedoch das Hofgericht von der Ansicht des Amtes ab, indem es von dem Satze ausging, daß man keine Bedingung in den Vertrag hineinlegen dürfe, die nicht darin enthalten sey. Der im 6. Art. des Vertrags gebrauchte Ausdruck „dennoch" rechtfertige die extensive Auslegung, daß der Vertrag auch dann gelten solle, wenn keine öffentliche Lieferung ausgeschrieben werde. Der Ausdruck „Lieferung" werde ganz generell von Vertragsverbindlichkeiten gebraucht, wie z. B. in den L. R. Sätzen 1193. und 1245., und eben so bezeichne der allgemeine Sprachgebrauch jeden Verkauf einer Parthie Waaren mit dem Ausdrucke „liefern", ohne daß man darunter eine öffentliche Lieferung verstehe.

Unter diesen Verhältnissen sah die mittlere Instanz die eventuelle Eidesdelation für überflüssig und unzuläßig an. Ersteres, weil die Urkunde selbst schon einen vollständigen Beweis liefere; Letzteres, weil etwas beschworen werden sollte, was mit der Urkunde wenigstens in indirectem Widerspruche stehe. Gegen die natürliche und logisch richtige Auslegung eines Vertrages sey keine Eideszuschiebung zuläßig; wozu noch komme, daß einer der Beklagten, Maier Seligmann, von dem Geschäfte gar nichts wissen wolle, und sich nur zum Unwissenheitseid bereit erklärt habe; welches übrigens hinsichtlich der Vertragsgültigkeit selbst nichts ändere, da die beiden andern Beklagten den Vertrag unterzeichnet hätten, also der Vertrag als für die Handlung: Isak Löb Seligmann abgeschlossen erscheine.

Wie nun der höchste Gerichtshof, nach einer von diesen Ansichten der untern Instanzen ganz verschiedenen, dem Vertrage wegen Fehlers in der Form alle Beweiskraft, gegen die Meinung des Amtes und des Hofgerichtes, absprach, wie er den Inhalt des Vertrages nicht, mit der ersten Instanz, als gegen die Intention des Klägers sprechend, ansah, aber auch nicht mit dem Hofgerichte, als die Klage begründend, sondern für zweifelhaft in seiner Fassung, und wie er endlich den deferirten Eid für zuläßig und nothwendig zur Entscheidung hielt; dieses Alles ist oben, in dem Auszuge aus dem oberhofgerichtlichen Vortrage, umständlich vorgekommen.

III.

Preßvergehen.

Digitized by Google

Preßvergehen. Angebliche Ehrenkränkung des Großherzogl. Bad. Gendarmerie-Corps, durch einen Aufsatz in dem Tagblatte „der Schwarzwälder."

(Staatsanwalt des oberrheinischen Hofgerichts, gegen den Redacteur des Schwarzwälders, Jos. Boppler, wegen Ehrenkränkung der Großherzogl. Gendarmerie.)

In Nr. 8. des zu Freiburg erscheinenden Tagblattes „der Schwarzwälder" vom 29. Jan. 1833. ließt man einen Aufsatz mit der Ueberschrift: „vis consilii expers mole ruit „sua", in welchem ein Correspondenzartikel aus Freiburg, in Beziehung auf Nr. 5. des Tagblattes „der Zeitgeist" über die Freiburger Bürgermeisterwahl ein Freudengeschrei erhebt, welches mit der Bemerkung schließt: daß die deutsche Sache für Alle Eine zu werden beginne. — Darauf folgt diejenige Stelle, welche dem Großherzogl. Staatsanwalt die Veranlassung zur Klage gegen den Redacteur des Schwarzwälders gab; der Correspondent sagte: „ich scheue „diese Männer, (die Gendarmen) welche mit geladenem „Gewehr unter friedliche Bürger gehen, wie die Wild„schützen im Walde."

Der Großherzogl. Staatsanwalt leitete, beauftragt von dem Commandeur der Gendarmerie, eine Voruntersuchung beim Stadtamte F. gegen den Redacteur jenes Tageblattes ein, indem er behauptete, daß es eine Ehrenkränkung sey, wenn die Gendarmen nicht nur mit Wildschützen verglichen, sondern auch wirklich mit diesem Namen belegt seyen.

Es vertheidigte sich der Redacteur auf folgende Art: durch den Aufsatz wäre nicht eine bloße Privatperson, sondern ein ganzer Stand getadelt, und wenn darin wirklich eine Ehrenkränkung enthalten seyn sollte, so würde nicht ein bloßes Privatinteresse, sondern ein Staatsinteresse vorliegen, zu dessen Wahrung die Censur aufgestellt sey. Da ihm nun diese den Artikel nicht gestrichen habe, so könne ihn auch keine Verantwortung treffen, weil er habe annehmen müssen, es liege darin keine Ehrenkränkung für die Gendarmerie. Ueberdem ward die Absicht zu injuriiren ganz in Abrede gestellt.

Darauf überreichte der Staatsanwalt seine Anklage gegen den verantwortlichen Redacteur des Schwarzwälders beim Hofgerichte, und trug auf eine vierwöchentliche Gefängnißstrafe gegen denselben an. — Nach geschlossenen Verhandlungen erkannte das Großherzogl. Hofgericht des Oberrheins, unter Verfällung des Staatsanwaltes in die Kosten, daß die Anklage nicht statt finde; wogegen dieser die Appellation an das Oberhofgericht ergriff.

In dieser Instanz suchte derselbe seine Klage durch folgende Sätze zu begründen:

1) In dem Ausdrucke „Wildschützen", womit man die Gendarmen verglichen habe, liege, nach des Staatsanwalts Bezeichnung, ein **dictum injuriosum**, indem der Angeklagte in der Voruntersuchung selbst eingestanden habe, daß unter dem Worte Wildschütz ein Wilderer, also ein Verbrecher verstanden werden müsse. Dieses sey auch dem hier Landes herrschenden Sprachgebrauche angemessen, und

auf die vom Hofgerichte in Anwendung gebrachte Authorität Adelungs könne es, bei dem klaren Zugeständnisse des Beklagten, nicht ankommen. — Wollte man aber unter dem Ausdrucke „Wildschütz" nur einen Wildhüter oder Jäger verstehen, so würde doch immer darin, daß man die zum Schutze der Unterthanen aufgestellten Gendarmen den Verfolgern von Thieren gleichsetze, eine Herabwürdigung derselben liegen.

2) Dieses dictum injuriosum habe die Gendarmen, und zwar die Großherzogl. Badischen, zum Gegenstande, weil in jenem Artikel des Schwarzwälders, und dem darauf bezüglichen des Zeitgeistes, nur von Begebenheiten im Badischen die Rede sey.

3) Der Vorsteher, der Commandeur des Corps der Gendarmen, welches hier als eine moralische Person injuriirt worden sey, habe, ohne weitern Auftrages zu bedürfen, sowohl in seinem, als in dem Interesse und Namen seines Corps Klage erheben, oder den Staatsanwalt statt seiner auftreten lassen dürfen, und zwar nach §. 43. des Preßgesetzes, ohne daß die Verordnung vom 10. Juli 1832. einen Grund zur Verwerfung der Klage abgäbe. Die Gendarmerie wäre freilich, so wie alle andern Polizeistellen, dem Großherzogl. Ministerium des Innern untergeordnet, allein jenes Corps sey darum nicht für mundtodt erklärt und könne, ohne weitern Auftrag, eine Injurienklage anstellen. Uebrigens wäre die Klage mit Wissen und Willen des Großherzogl. Ministerium des Innern angestellt und verfolgt worden.

4) Mit der Einrede, daß nach Wiedereinführung der Censur, die Verantwortlichkeit des Redacteurs wenigstens alsdann wegfalle, wenn die in einem censirten Blatte enthaltenen Injurien, eine öffentliche Person oder Staatsstelle betroffen haben, könne sich der Angeklagte gegen die Strafe nicht schützen, denn die Rechte und Pflichten des Censors

hätten, mit Ausnahme eines einzigen Falles, auf die Strafbarkeit von Preßvergehen keinen Einfluß. — Wenn nämlich der Censor zum Striche eines Artikels nicht befugt sey, so verstehe es sich von selbst, daß er nicht zwischen den Redacteur und die Strafe treten könne. Sey er aber dazu berechtigt oder verpflichtet, und habe dennoch den Artikel passiren lassen, so handle er nicht nach, sondern gegen seine Instruction, er mache sich zwar dadurch zum Theilnehmer an dem Preßvergehen, befreie aber dadurch nicht andere Theilnehmer, so lange dieses nicht ein Gesetz ausdrücklich ausspreche.

Der hierher Bezug habende §. 13. des Preßgesetzes sey zwar wirklich stehn geblieben, während die Verordnung vom 10. Juli 1832. den mit diesem in enger Verbindung stehenden §. 12. aufgehoben habe. Da aber das Preßgesetz nur in so weit habe aufgehoben werden sollen, als es mit den Bundesgesetzen im Widerspruch gestanden, und da an die Stelle der aufgehobenen Paragraphen und namentlich der §§. 1. und 12. die Bestimmungen des Preßgesetzes vom Jahre 1819. eingetreten seyen, so beziehe sich der stehen gebliebene §. 13. des Preßgesetzes auch jetzt nur auf solche Schriften, welche den Bund oder einzelne Bundesstaaten zum Gegenstande hätten, und es erscheine dieser §. 13. nur als Folge und Wiederholung der in den §§. 6. und 7. des Gesetzes von 1819. enthaltenen Bestimmungen. Es könne aber dieser §. 13. auf Vergehen gegen andere als gegen Bnndesstaaten, namentlich auf Injurien gegen Privatpersonen oder Staatsstellen, schon darum nicht angewendet werden, weil das Erkenntniß über Injurien nur den Gerichten zustehe, das polizeiliche Ermessen des Censors aber den Gerichten nicht vorgreifen dürfe.

Da nach dem Gesetze über Ehrenkränkungen die Staatsstellen eben so wie Privatpersonen, zum Schutze gegen Ehrenkränkungen an die Gerichte verwiesen seyen, so könne zwi-

schen beiden auch rücksichtlich der Folgen der Censur kein Unterschied statt finden, und es könne der Angeklagte sich durch Berufung auf die Censurerlaubniß von seiner Strafe nicht frei machen.

Es ward zugleich ein Erlaß des Großherzogl. Ministerii des Innern an den Staatsanwalt angeschlossen, nach welchem derselbe zur Appellationsausführung beauftragt ward.

Der oberhofgerichtliche Respicient legte dem Collegio folgende Fragen zur nähern Prüfung vor:

A) Das Formelle der Sache anlangend:

1) ob es nicht schon um deßwillen an dem Legitimationspuncte fehle, weil es, nach des Beklagten Behauptung, gar nicht nachgewiesen sey, daß in dem fraglichen Aufsatze die Großherzogl. Badische Gendarmerie gemeint sey?

2) Ob es nicht insbesondere nach dem §. 43. des Preßgesetzes und der Verordnung vom 10. Juli 1832. dem Großherzogl. Staatsanwalte an der Legitimation zum Processe fehle, weil derselbe bei Beleidigungen gegen eine Staatsstelle, nur aus Auftrag dieser Stelle zu klagen authorisirt seyn könne; die Gendarmerie aber, nach dem Gesetze vom 31. Dec. 1831. eine Staatsanstalt sey, welche unter dem Großherzogl. Ministerium des Innern stehe, und von diesem vertreten werde? Und ob dieser Mangel eines Auftrags nicht durch den mit der Appellationsrechtfertigung nachgebrachten Ministerialerlaß geheilt sey?

B) In Betreff des materiellen Gehalts der Sache.

1) Ob in der fraglichen Stelle des Schwarzwälders, in welcher die Gendarmen mit Wildschützen verglichen würden, eine Injurie gegen die Gendarmerie liege?

2) Ob sie nicht vielmehr als ein Tadel, eine Critik der Gendarmerie als einer Staatsanstalt betrachtet werden müsse, die an sich Jedem erlaubt seyn möchte?

3) Ob, da jene Stelle die Censur passirte, nach §. 13. des Preßgesetzes, nicht der Redacteur von aller Verantwortlichkeit befreit sey?

4) Endlich, angenommen, daß die fragliche Stelle beleidigend sey, und der Redacteur, ungeachtet der Censurerlaubniß, verantwortlich bleibe, ob nicht die Strafe, auf welche der Staatsanwalt angetragen, zu hart sey?

Wie die Majorität des oberhofgerichtlichen Collegii diese verschiedenen Fragen beantwortete, ergibt sich aus dessen Urtheil vom 26. Nov. d. J., welches zugleich die Entscheidungsgründe enthält:

„In Erwägung, daß 1) die Legitimation zur Sache um „deßwillen nicht bezweifelt werden kann, weil die fragliche „Stelle, sobald solche als Ehrenverletzend anzusehen ist, in „der Verbindung, in der solche steht, und in Beziehung auf „einen andern Artikel im Zeitgeiste, nur auf die Badische „Gendarmerie bezogen werden kann; selbst aber auch in der „Allgemeinheit, in der die Gendarmerie jedes Landes ge„meint wäre, auch das Badische Gendarmeriecorps zur „Sache legitimirt seyn würde."

„In Erwägung, daß es 2) auch an der Legitimation „des Staatsanwaltes zum Processe keineswegs fehlt, weil „das Commando dieses Corps allerdings als eine Staats„stelle zu betrachten ist, welcher, nach §. 43. des Preßgesetzes, „das Recht zur Anklage eingeräumt ist."

„In weiterer Betrachtung, daß jedoch 3) durch eben „den fraglichen Artikel die Großherzogl. Badische Gendar„merie weder an ihrer Ehre und ihrem guten Namen als „Bürger, noch als Privatleute in Beziehung aller Verhält„nisse, welche in dem gemeinen Leben gedenkbar sind, noch „endlich an ihrer Ehre und ihrem guten Namen, als Mit„glieder ihres besonderen Standes angefochten und verletzt „worden sind; letzteres insbesondere, was zwar von dem „Staatsanwalte unterstellt wird, nur dann der Fall seyn

„könnte, wenn sie eines Mangels an jenen Fähigkeiten,
„welche ihr Stand erfordert, oder einer Vernachläßigung
„der mit solchem verbundenen Dienstpflichten und Obliegen-
„heiten beschuldigt worden wären; daß jedoch die Paar
„Worte, welche in der angeklagten Stelle vorkommen, wenn
„es nämlich darin heißt:

„„ich scheue diese Männer, welche mit geladenem Ge-
„„wehr unter friedliche Bürger gehen, wie die Wild-
„„schützen im Walde.““

„offenbar einzig und allein Beziehung auf ihre Stellung
„haben, die ihnen der Staat gegen die Staatsbürger ange-
„wiesen hat, und daß blos diese Stellung, in Vergleichung
„der Subjecte, welchen sie angewiesen ward, mit Wild-
„schützen, als drohend dargestellt wird. Daß aber dieser
„Tadel sowohl, als die mit solchem angebrachte Vergleichung
„nicht sie, sondern die Zweck- oder Unzweckmäßigkeit einer
„Staatsanstalt trifft, worüber in einem constitutionellen
„Staate Jedem ein öffentliches freies Urtheil zustehen muß.“

„In fernerer Erwägung, daß 4) eben so wenig in dem
„gebrauchten Vergleichungsausdrucke „„Wildschütze““
„eine Ehrenkränkung aufgefunden werden kann, indem näm-
„lich die Behauptung des Großherzogl. Staatsanwalts, als
„sey der Ausdruck Wildschütze synonim mit Wilderer
„oder Wilddieb gebraucht, wie auch seine weitere Be-
„hauptung: dieser Ausdruck werde wenigstens hier Landes
„so genommen, von ihm keineswegs gehörig nachgewiesen
„worden ist; daß hingegen nach der etymologischen Ablei-
„tung der Ausdruck Wildschütze vielmehr theils Einen,
„der das Wild schützet, hütet, einen Wildhüter, theils
„Einen, der das Wild erlegt, einen Jäger bedeutet, daß
„aber in dieser doppelten Bedeutung nichts Beschimpfendes
„und Ehrenkränkendes aufzufinden ist.“

„In Erwägung dieser Entscheidungsgründe wird vom
„Oberhofgerichte zu Recht erkannt.“

„„es sey die Klage des Staatsanwalts zwar als statt-
„„haft, und das Badische Gendarmeriecorps für zur
„„Sache, so wie der Staatsanwalt für zum Proceß
„„hinreichend legitimirt zu erklären, dagegen aber die
„„Klage als unbegründet zurückzuweisen, und die
„„Staatscasse auch in die Kosten der Berufungsinstanz
„„zu verfällen.“““

Bemerk. Die Entscheidungsgründe 1. und 2. betreffen die Legitimation des Großherzogl. Badischen Gendarmeriecorps zur Sache überhaupt, und die Legitimation des Staatsanwaltes zum Processe. — Es ist auffallend, daß diese fehlende Legitimation beinahe eine stehende Rubrik in den mehrsten Preßsachen, in welchen der Staatsanwalt auftritt, abgibt; der Herausgeber kann und will sich nicht darüber äussern, ob — wie dieses schon in einigen Fällen vorkam — die Ursache in einer hin und wieder dunkeln Fassung des Preßgesetzes, oder aber in dem Bemühen des Angeklagten, jede Ausflucht gegen die ihm drohende Strafe aufzufinden, liegt. — In diesem Falle war die Berechtigung des Staatsanwaltes, für die Großh. Gendarmerie, die man als Staatsstelle betrachtete, aufzutreten, nach §. 43. des Preßgesetzes nicht zu bezweifeln, daher der von dem Commandeur dem Staatsanwalte gegebene Auftrag für hinreichend angenommen ward, da man überdem dafür hielt, daß auf jeden Fall, durch den spätern Auftrag des Großherzogl. Ministerii des Innern für den Staatsprocurator, die Appellation auszuführen, jeder etwaige Mangel in der ersten Instanz geheilt sey, indem damit die Schritte desselben bis zur Appellation genehmigt wären.

Die Entscheidungsgründe 3. und 4. betreffen die Hauptsache, und sagen, daß in dem angeklagten Artikel des Schwarzwälders die Gendarmerie in keiner Beziehung als Bürger, Privatleute oder hinsichtlich ihres Standes beleidigt sey, und daß höchstens die Staatsanstalt der Gendarmerie einem Tadel unter-

worfen worden. Ferner nahm die Majorität des Gerichts an, daß der Ausdruck „Wildschütz" so vieler Auslegungen fähig sey, daß man die am wenigsten beleidigende annehmen müsse, nämlich nicht die eines Wilderers, sondern die eines Hüters des Wildes oder eines Jägers. Ein bestimmtes Geständniß des Redacteurs, daß damit ein Wilddieb gemeint sey, fand man nicht in den Acten. — Dieses reichte hin, um die Klage, als im Materiellen unbegründet, zurückzuweisen, so daß es über die beiden letzten, vom Respicienten proponirten Fragen, zu keinem bestimmten Abschluß kam. —

Indessen ward sich doch über die wichtige Frage: ob der Redacteur dadurch, daß der Aufsatz von der Censur passirt worden, von aller Verantwortlichkeit frei werde, oder vielmehr: ob der Staatsanwalt unter solchen Verhältnissen befugt sey, Namens einer Staatsanstalt aufzutreten? — denn daß durch die Censurerlaubniß das Recht, auf Bestrafung von Injurien zu klagen, den Privatpersonen nicht entzogen werden könne, konnte keinen bedeutenden Zweifel leiden, — hin und wieder geäussert.

Mehrere Stimmführer erachteten, daß der §. 13. des Preßgesetzes in enger Verbindung mit dem §. 12. stehe. Da nun der §. 12. eine besondere Genehmigung der Staatsbehörde bei Zeitungen und Zeitschriften, in so weit sie die Verfassung und Verwaltung des deutschen Bundes, oder einzelner deutschen Bundesstaaten ausser Baden zum Gegenstande hätten, und andere Schriften dieses Inhalts, die nicht über zwanzig Bogen im Drucke stark sind, erfordere, so könne die im §. 13. enthaltene Befreiung des Redacteurs ꝛc. von der Verantwortlichkeit, und der darin gebrauchte Ausdruck: „durch die erhaltene Drucker„laubniß" auch nur auf die in den Gegenständen des §. 12. angeordnete Genehmhaltung der Staatsbehörde gehen, keineswegs aber auf die einfache Erlaubniß der Censur, als welche durch den Art. 1. des nämlichen Gesetzes in der Regel ganz aufgehoben gewesen.

So vielen Anschein diese Ansicht für sich hatte, so erregte es doch bei andern Votanten Bedenken, daß, wenn man den §. 13. so auslegen wolle, er, nach Wiedereinführung der Censur, nothwendig zugleich mit den §. §. 12. und 14. hätte wegfallen müssen; da doch derselbe im Art. 7. des Gesetzes vom 28. Juli 1832. nicht ausser Wirksamkeit gesetzt sey, und daher angenommen werden könnte, daß er sich nunmehr auf den Art. 1. jenes Gesetzes, nach welchem dergleichen Schriften der betreffenden Polizeibehörde zur Genehmigung vorgelegt werden sollen, beziehe. Ferner, daß der Staat für die Mißgriffe des von ihm angeordneten Censors einzustehen habe, und daß nach erhaltener Erlaubniß zum Drucke der Redacteur in gutem Glauben seyn könne, wenn er einen Artikel in sein Blatt aufnehme, welcher einer doppelten Auslegung fähig sey.

Auch über die Größe der Strafe ward unter diesen Umständen nicht abgestimmt, weil die Majorität den incriminirten Artikel überall nicht für strafbar hielt. Wäre es darüber zur Abstimmung gekommen, so würde wahrscheinlich auf die vom Staatsanwalte angetragene vierwöchentliche Gefängnißstrafe nicht eingegangen worden seyn. Denn wollte man auch annehmen, daß der Redacteur durch die ertheilte Censurerlaubniß nicht ganz frei von Verantwortung werde, so milderte doch gewiß dieser Umstand seine Strafwürdigkeit, da er einigermaßen zu seiner Handlung authorisirt war, und verschiedene Redacteurs öffentlicher Blätter — wovon Beispiele angeführt werden könnten — nicht im Stande seyn möchten, zu ermessen, ob ihnen ein Aufsatz Verantwortlichkeit zuziehen könnte, sondern sich darunter auf den Censor verlassen.

Register.

Agnaten. Sie haben kein Miteigenthumsrecht am Stammgut, ſondern nur ein Succeſſionsrecht. S. 31.

Ablehnung eines Gerichts, wegen Betheiligung der Mehrheit der Richter. 122. — Als Betheiligung gilt auch, wenn Richter Mitglieder der Stelle ſind, über deren Streit zu entſcheiden iſt. 123.

Abweſende. Um das ihnen durch Succeſſion angefallene Vermögen zu percipiren, bedarf es des Beweiſes ihrer Exiſtenz. 36.

Accis. Er braucht von fremdem, in noch mit dem Wirthſchaftskeller verbundene Privatkeller eingelegtem Weine nicht gezahlt zu werden. 320.

Advokaten. Die nicht in loco wohnenden bedürfen keines Substituti zur Einreichung ihrer Schriften. 246.

Adhäſion. a. Sie kann noch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden. 36. — b. Wenn ſich der Appellat der Appellation nicht anſchließt, ſo wird das Urtheil in Bezug auf ihn rechtskräftig. 4.

Amortiſation. Sie findet bei verlornen Urkunden nicht ſtatt. 16.

Amtsreviſor. a. Er ſtellt mit dem Theilungscommiſſär nicht eine Perſon vor. 276. 317. — b. außer wenn er mit dieſem bei demſelben Geſchäfte functionirt. 312. — c. Deſſen Einſetzung macht ein vom Theilungscommiſſär errichtetes Teſtament nicht ungültig. 275. — d. Er muß die vom Theilungs-Commiſſär begangenen Formfehler verbeſſern. 316. — e. Wenn er bei einem öffentlichen Teſtamente als Zeuge auftritt, gilt er nur für einen Zeugen. 313.

Analogie. In wieferne geben die Handelsgeſetze Analogie für das allgemeine Civilrecht? 91.

Anticipationsgebühren. a) Sie fallen unter der neuen Pr. O. weg. 73. — b) Ministerialerlaß entgegengesetzten Sinnes. 443.

Appellationsfatalien. a) Sie laufen erst von der Behändigung des Urtheils an die Theile selbst. 246. — b) und von der Behändigung der Entscheidungsgründe. 10. — c) Die Anwälte sind verpflichtet, die Urtheile an den Gegentheil insinuiren zu lassen. 259. — d) Berechnung derselben. 250. — e) Ob sie gegen den Fiscus erst von der Behändigung des Urtheils an das Fiscalat laufen? 189.

Appellationssumme. S. Ordinationssumme.

Aufruhr. a) Ist eine gewaltsame Widersetzlichkeit des Volkes oder eines Theils desselben gegen die gesetzmäßigen Befehle der rechtmäßigen Obrigkeit. 154. — b) Die Strafe desselben ist dem Ermessen des Richters überlassen. 162.

Aufstand. Begriff desselben. 154.

Auslagen. Sie begründen für sich noch keine Ersatzpflicht desjenigen, für den sie geschehen sind. 378.

Aussteuer. a) Sie ist wie eine Schenkung unter Lebenden zu beurtheilen. 455. — b) Ist von der Einwerfung frei, wenn auf die Erbschaft verzichtet ist. 456. — c) Nicht aber von der Milderung wegen verletztem Pflichttheile. 458.

Ausbesserung. a) Geringfügige Reparaturen gelten nicht als Baufactum zur Begründung der Schulhausbaupflicht. 105. — b) Was in dieser Beziehung als große Reparatur anzusehen sey? 104.

Baufactum. a) Als solches gelten nur Hauptreparaturen. 34. — b) Es befreit die Gemeinde von der Schulhausbaupflicht. 101.

Beamte. a) Reichsständige Staatsbeamte konnten nicht willkührlich entlassen werden. 114. — b) Die Grundherrlichen Justizbeamte traten durch die Uebernahme derselben durch den Staat mit diesem in Vertragsverhältnisse. 285. — c) Grundherrliche Verwaltungsbeamte sind nicht Staatsdiener. 112. — d) und haben keinen Anspruch auf lebenslängliche Anstellung, 113. — e) deren Dienstvergehen unterliegen der Rüge der Grundherrn. 117.

Begnadigung. a) Ob sie auch bei Injurienklagen zuläſſig sey. 256. — b) Antrag auf solche, wegen Jugend des Verbrechers. 326.

Beistand. a) Der vormundschaftliche Beistand ist für die Verwaltung nicht verantwortlich. 193. — b) Dessen Verschiedenheit von einem Vormund. 191.

Beiladung. S. Litis-Denunciation.

Bekanntmachungen, — ihrer Ansichten, ohne Präjudiz, sind den Gerichten erlaubt. 166.

Bescheide. Gemeine Bescheide sind nicht in der Competenz des Richters. 165.

Besitz. a) Er gibt eine Rechtsvermuthung für das Eigenthum, 47. — b) und alle Befugnisse eines Eigenthümers, 95. — c) selbst bei unständigen Dienstbarkeiten. 39. — d) Er gilt bei Fahrnissen für eine Rechtsurkunde. 381. — e) Den Besitz einer cedirten Forderung erlangt man durch feierliche Ankündigung oder Annahme. 17.

Besitzklage. a) Sie findet wegen persönlichen Leistungen nicht statt, 390. — b) ebenso bei unständigen Dienstbarkeiten, wenn nicht der Rechtstitel erwiesen wird. 391. — c) Sie steht dem Nutznießer eines Zehntrechts zu. 390.

Beständer. Er leistet, die Kriegsfrohnden, ohne Entschädigung dafür fordern zu können. 414.

Bestandgeber. a) Pflichten desselben. 416. — b) Er haftet für Störungen Dritter nicht, die nicht auf einen Rechtsanspruch auf die Sache gegründet sind. ibid.

Betrug. a) Thatbestand desselben. 338. — b) Wenn der Betrag gering ist, entscheidet das Amt. 336.

Beweis. a) Rechtswohlthat, neue Beweise in appellatorio vorzubringen. 79. — b) Neue Beweise schon vorgebrachter Thatsachen müssen in appellatorio in den betreffenden Schriftsätzen, vom Appellaten aber spätestens in der mündlichen Verhandlung nachgebracht werden. 369. — c) Urkunden welche der doppelten Ausfertigung ermangeln, geben einen Anfang schriftlichen Beweises. 487.

Beweiserkenntniß. a) Dessen Unterlassung bei anticipirtem Beweise enthält keine Verletzung des Verfahrens. 90. — b) In appellatorio ist nicht auf bessern Beweis zu erkennen,

wenn in erster Instanz ein Beweisinterlokut gefällt ist. 368.

Beweisanticipation. a) Nothwendigkeit derselben bei den Hofgerichten (nach älterm Pr.-R.) 374. — b) die Versäumung wirkt nur für die Instanz. 377. c) Es ist nur dann auf bessern Beweis zu erkennen, wenn der anticipirte nicht erschöpfend ist. 90.

Billigkeit. Sie ist nicht Sache des Richters, wenn er nicht durch besondere Gesetze dazu ermächtigt ist. 418.

Blödsinn. Er ist, wenn keine Interdiction erfolgte, nur dann ein Nichtigkeitsgrund eines Testaments, wenn er aus der Urkunde selbst ersichtlich ist. 270.

Brandversicherungsbeträge. Deren Zahlung begründet keine Schulhausbaupflicht. 101.

Canonische Gesetzgebung. Sie darf weder zur Richtschnur, noch zur Grundlage richterlicher Entscheidungen dienen. 790.

Caution S. Sicherheitsleistung.

Censur. a) Privatpersonen verlieren dadurch ihre Injurienklagen nicht. 505. — b) Ob auch öffentliche Stellen? 506.

Cession. a) Sie enthält keine Rechtswandlung. 27. — b) Die kaufsweise Cession ist nach Analogie des Kaufs körperlicher Sachen zu beurtheilen. 402. — c) Sie darf die Lage des abgetretenen Schuldners nicht verschlimmern. 26. d) Der Besitz wird gegen den abgetretenen Schuldner durch Ankündigung oder Annahme erworben. 402. — e) Dieser verliert durch die Bekanntmachung nicht das Recht, früher bestandene aber erst nachher liquid gewordene Gegenforderungen zu compensiren. 25. — f) Die Gewährleistung begreift bloß die Zahlungspflichtigkeit, nicht die Zahlungsfähigkeit. 402. — g) Zu einem nomen verum gehört, daß die Exigibilität nicht durch Einreden aufgehalten sey. 411. — h) Als Entwährung gilt auch die gedrohte Compensation. 409.

Cessionar. a) Er kann gegen den abgetretenen Schuldner nicht auf Annahme, sondern nur auf Zahlung klagen. 406. — b) Dessen Recht den Kaufpreis zurückzuhalten, wegen gedrohter Wettschlagung. 407. — c) Er muß sich die Com-

penſation aller zur Zeit der Ceſſion fälligen Gegenforderungen gefallen laſſen. 405.

Collegium. Der Tod ſeines Vorſtands iſt kein Reſtitutionsgrund gegen ein rechtskräftiges Verſäumungserkenntniß. 190.

Collekte. Sie begründet die Freiheit der Zehntherrn von der Kirchen- und Schulbaupflicht. 103.

Compenſation. a) Sie findet nur wegen liquiden Gegenforderungen ſtatt. 407. — b) die ſpätere Liquidmachung wirkt aber rückwärts, 408. — c) auch in Anſehung der vor der Ceſſion entſtandenen aber erſt nachher liquid gewordenen Forderungen. 25. S. Ceſſion.

Competenz. a) Sie dauert fort, bis zur Beendigung der Sache. 122. S. Litispendenz. — b) in perſönlichen Klagen gegen den Fiscus iſt ſie bei jedem Hofgerichte begründet. 110.

Competenzſtreitigkeiten. a) Sie ſind im Pleno zu entſcheiden; 124. — b) vom Oberhofgerichte, wenn die Untergerichte nicht unter demſelben Mittelgerichte ſtehen. 448.

Connexitas causarum. Begründet kein Forum, wo jede Gerichtsbarkeit mangelt. 30.

Culpa. S. Verſehen.

Defraudation. Als ſolche gilt nicht die unterlaſſene Acciszahlung von den in mit Wirthſchaftskellern nahe verbundene Privatkeller eingelegten Weinen. 317.

Denuntiant. a) Wer vermöge ſeiner Amtspflicht Verbrechen anzeigt, iſt nicht Denuntiant. 158. — b) Ob ſie, wenn ſie den Beweis nicht liefern, für Injurianten zu halten ſind? 354. c) ſie ſind keine unfähigen Zeugen. 57.

Dienſtbotenſachen. Gerichtsſtand derſelben. 121.

Dienſtvertrag. a) Dienſte, welche der Dienſtherr nicht annimmt, gelten für geleiſtet. 284. — b) Er begründet im Zweifel kein Recht, auf lebenslängliche Anſtellung. 118.

Differenzienhandel. Er enthält einen Hoffnungskauf, und iſt klagbar. 477.

Dolus. Unterſchied des d. directus und des d. indirectus. 332.

Dummheit. a) Iſt kein rechtlicher Strafmilderungsgrund. 437. b) und kein Nichtigkeitsgrund eines Teſtaments. 270.

Ehegemeinschaftsschulden. a) Welche dahin gehören? 299. b) Sie sind bei der Errungenschafts-Gemeinschaft von jedem Ehegatten zur Hälfte, selbst aus dem eingebrachten Vermögen zu zahlen; 298. — c) und von der Ehefrau selbst, wenn sie auf die G. G. verzichtet. 300.

Eheordnung. In wie weit sie neben dem L. R. fortbesteht? 420.

Ehescheidung auf gegenseitige Einwilligung. a) Die Förmlichkeiten derselben sind unerläßlich; 128. — b) Die Inventarisation muß dem gerichtlichen Verfahren vorausgehen. 131. — c) Die Einwilligung der Eltern muß in einer Amtsrevisoratsurkunde geschehen. 128. — d) Die Fristen des Art. 285. sind bei uns nicht allzu streng zu nehmen. 130.

Ehescheidung aus einer bestimmten Ursache. Das Viertheil des §. 49. der Eheordnung für den unschuldigen Ehegatten, besteht neben dem L. R. fort. 422.

Ehescheidungsprocesse, sie sind nicht nach den Regeln des bürgerlichen Verfahrens zu behandeln. 6.

Ehesteuer. S. Aussteuer.

Eheverträge. a) Solche können durch ein Testament nicht aufgehoben werden, 148. 185. — b) und nicht während der Ehe errichtet oder abgeändert werden. 185. — c) Schenkungen in Eheverträgen, und deren Beschränkung zu Gunsten der hinterlassenen Kinder. 149. — d) Die Schenkungen im Ehevertrage sind von der gesammten Vermögensmasse abzuziehen, um zu sehen, über welche Summe Minderjährige testiren können. 463.

Ehrenkränkung. S. Injurien.

Ehrenkränkungsgesetz. Bei den vor dem 1. Febr. 1832. begangenen Injurien tritt bald das neue, bald das alte Gesetz ein, je nachdem das neue, oder das alte milder ist. 354.

Eid. a) Haupteid. Es beruht auf einem Vergleichsvertrag. 27. — b) Offenbarungseid. Wann kann er verlangt werden. 86. — c) Die Betreibung der Obsignation befreit nicht von der Ableistung desselben. 85.

Eidesdelation. a) Nothwendigkeit einer Specialvollmacht hiezu. 88. — b) Ohne diese ist die Beweisantretung für

nicht geschehen zu achten, 102. — c) über fremde Handlungen, unstatthaft, 380. — d) ebenso, gegen den Inhalt einer vollbeweisenden Urkunde. 493. — e) Sie ist zulässig zum Beweise eines Vergleichs. 135. — f) Eine irrelevante ist nicht zu beachten. 379.

Eidesformel. Der Richter ist befugt, dieselbe zu verbessern. 27.

Eigenthum. Dem Stammherr steht ein ungetheiltes Eigenthum am Stammgut zu. 32.

Einkindschaft. Wird durch die Kinderlosigkeit der Ehe nicht aufgelößt, selbst wenn nur von einem Ehegatten Kinder in die Ehe gebracht wurden. 395.

Einreden; a) kann der Richter nicht von Amtswegen suppliren, 297. — b) Sie können nach geschehener Einlassung nicht mehr nachgebracht werden. 297.

Einwerfung. a) Liegenschaften, welche ein Dritter an sich zog, sind ihr nicht unterworfen. 261. — b) Heimgefallene Mannlehen werden nicht eingeworfen. 260. — c) Schenkungen sind frei, wenn der Schenknehmer auf die Erbschaft verzichtet. 455.

Einwilligung, ein nothwendiges Requisit der Verträge. 210.

Enthörung. a) Diese Einrede des Fiscus findet nach der Pr.-O. nicht mehr statt. 112. — b) Ministerialverfügung desselben Sinnes. 176.

Entscheidungsgründe. a) Erst von deren Eröffnung laufen die Appellationsfatalien. 10. — b) Sie sind vom Oberrichter dem Unterrichter mit dem Urtheile mitzutheilen. 349. — c) Wegen eines falschen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatzes, findet keine Oberappellation statt. 366.

Entwährung. Als solche gilt auch die gedrohte Compensation einer cedirten Forderung. 409.

Erben sind sich Gewährleistung schuldig wegen Entwährungen aus einer der Theilung vorhergegangenen Ursache. 262. — b) Sie sind durch die Rechtsgeschäfte des Erblassers verpflichtet. 186.

Erblehn. S. Lehen.

Erbschaft. a) In Bezug auf angefallene Erbschaften gilt

bloß auch ein Vermißter für gesetzlich nicht anerkannt. 35. — b) Ein Verzicht auf eine nicht angefallene Erbschaft ist nichtig. 185.

Erbschaftsklagen. Deren Gerichtsstand vor dem Foro des Erblassers. 120.

Erbtheilungsklage. Die Abschätzung muß durch von den Theilen gewählte Sachverständige geschehen. 205.

Errungenschafts-Gemeinschaft. a) Jeder Ehegatte haftet für die Hälfte der Gemeinschaftsschulden, selbst mit dem eigenen Vermögen. 297. — b) Nachtheiligkeit dieses Gedings für die Ehefrau. S. Ehegemeinschaftsschulden.

Fälschung. a) Waarenfälschung. Zum Thatbestand gehört, daß wissentlich der Waare ein der Gesundheit schädlicher Stoff beigemischt sey, in der Absicht eines unerlaubten Gewinns. 330. — b) Ist die Beimischung unschädlich, so ist es ein bloß polizeiliches Vergehen. 331.

Fiscalat. Verhältniß desselben zum Finanzministerium. 187.

Fiscalprocurator. Insinuationen an denselben in Sachen des Fiscus. 188.

Fiscus. a) Dessen Schulhausbau-Pflicht. 100. — b) Dessen Gerichtsstand bei persönlichen Klagen bei jedem Hofgericht. 106. — c) Ministerialverfügung hierüber. 176. — d) Laufen der Appellations-Fatalien gegen ihn. 189.

Forderung. a) Innhabung der Schuldurkunde gewährt noch kein Forderungsrecht. 17. — b) Es bedarf hiezu einer Uebertragung. 402. — c) Zu einem nomen verum gehört auch, daß die Exigibilität nicht durch Einreden aufgehalten sey. 411.

Förster; sind keine Staatsdiener. 115.

Forstbediente; können wegen ihrer Fanggebühren als Anzeiger der Wilderer nicht für betheiligte Zeugen gelten. 58.

Früchte. Sie werden in die Appellations-Summe eingerechnet. 8.

Gant. a) Löst die Gütergemeinschaft der Ehegatten ipso jure auf. 150. — b) Hebt jedoch nicht die vermöge Ehevertrags zukommenden Rechte auf. 148.

Gefährde. a) Sie muß bewiesen werden. 430. — b) Die

Anfechtungsklage der Gläubiger gegen eine zu ihrem Nachtheil geschehene Veräußerung setzt den Beweis der Arglist, und der wirklichen Beschädigung voraus. 431. — c) Verjährung dieser Klage. 433.

Gegenvormund. Er hat keine Verwaltung anzusprechen, 192. und ist dafür nicht verantwortlich.

Gemeinderath. Er ist nicht befugt, das Gemeindevermögen mit ewigen Lasten zu beschweren. 391.

Gendarmerie-Commando. Ist als Staatsstelle zur Anstellung einer Injurienklage berechtigt. 502.

Gericht. Ablehnung eines solchen wegen Betheiligung. 122.

Gerichtsbarkeit. Sie dauert bis zu Ende des Processes fort. 121.

Gerichtsgebrauch. Er kann gegen deutlich redende Gesetze nichts entscheiden. 77.

Gerichtsstand. a) Der gelegenen Sache, nach älterem Pr.-Recht exclusiv. 29. — b) Privilegirter des Fiscus: bei persönlichen Klagen, bei jedem Mittelgericht. 106. und 176. — c) Connexität begründet (nach altem Pr.-R.) keinen Gerichtsstand, wo gar keine Gerichtsbarkeit vorhanden ist. 31. — d) In Dienstbotensachen ist er fortwährend bei dem Bürgermeisteramt. 121. — e) Der Erbschaftsklagen vor dem Foro des Erblassers, so lange die Erbschaft ungetheilt ist. 120.

Geschäftsgang der Obergerichte. Ob er durch die Pr.-Ord. an Gründlichkeit und Klarheit verloren hat? 69.

Geschäftsführung. Damit daraus ein Anspruch gegen den Geschäftsherrn abzuleiten sey, muß dieser an der selbst eigenen Besorgung gehindert gewesen seyn. 378.

Gesetze. a) Sie haben keine rückwirkende Kraft. 104. — b) Die Beurtheilung von deren Gerechtigkeit und Billigkeit liegt außer der richterlichen Competenz. 288.

Gewährleistung. a) Beim Verkauf körperlicher Sachen, welche Pflichten darin enthalten sind? 403. — b) bei cedirten Forderungen begreift auch den Fall, wo die Forderung durch Compensation erloschen war, selbst wenn die Gegenforderung erst nach der Cession liquid ward. — S. Cession.

Gewalthaber, der Ausländer zum Empfang aller Insinuationen. 248. — S. Mandatar.

Gewissensvertretung durch Beweis — nach dem L. R. nicht zulässig. 27.

Glücksverträge. Begriff und Arten derselben. 478.

Grundherrn. a) als dienstpolizeiliche Behörde ihrer Beamten. 118. — b) Sie sind im Zweifel berechtigt, ihre Beamten aus ihrem Dienst und Gehalt zu entlassen. 114. — c) Diese Beamte sind keine Staatsdiener. 113. — d) Durch Uebernahme der Patrimonial-Gerichtsbarkeit, trat der Staat in die Verpflichtungen der Grundherrn gegen deren Justizbeamte. 285.

Gütergemeinschaft. a) Damit die gesetzliche G. G. unter Ehegatten nicht eintrete, muß sie durch ein besonderes Geding ausgeschlossen seyn. 296. — b) Sie fällt nur so weit weg, als dies geschehen. ibid. — c) Sie wird durch den Ausbruch der Gant ipso jure aufgelößt. 150. — S. Errungenschafts-Gemeinschaft.

Gutachten. Es ist dem Ermessen des Richters überlassen, in welchen Fällen das Superarbitrium des Medicinalreferenten einzuholen ist. 239.

Handel. Auf Coursdifferenz — ist ein Hoffnungskauf und klagbar. 476.

Handelsgesellschaften. a) Bei partikulären H. G. sind alle Beweismittel zulässig. 488. — b) Die darüber aufgenommenen Urkunden bedürfen der doppelten Ausfertigung. ibid.

Handelsgesetze. In wie ferne dieselben analog anwendbar sind auf das allgemeine Civilrecht. 91.

Hochverrath. 219. und 233. a) Begriff desselben. 229. — b) Er ist vollendet, wenn eine nahe Gefahr des Umsturzes der Staatsverfassung herbeigeführt ward. 228. — c) Er wird auch an Repräsentanten des Regenten begangen. 230. — d) Auch der Vorbereitete ist peinlich zu bestrafen. 229.

Hoffnungskauf. Dessen Natur, und Verschiedenheit von der emtio de re sperata, von Wette und Spiel. 477.

Indicienbeweis in Strafsachen. 345.

Injuriensachen. a) Sie werden nicht nach dem Verfahren in Civilsachen und nicht öffentlich verhandelt. 254. — b) sondern das Verfahren ist dasselbe wie in Straffa-

chen, 253. — c) das Verfahren in den durch die Presse begangenen Injurien ist auf reine Injurien nicht anzuwenden, 256. — d) Bestimmung des Verfahrens in reinen Injurien. 259. — e) Ein dritter Rechtszug findet nur wegen unheilbaren Nichtigkeiten statt. 259. — f) Vollmacht der Staatsanwälte, bei Injurien gegen öffentliche Stellen. 80. — g) Der Kläger ist wie ein Denuntiant zu betrachten. 257. — h) Injurien gegen eine ganze Klasse von Personen, berechtigen auch die einzelnen zur Klage. 502. — i) Tadel gegen die Stellung einer Staatsanstalt zu den Bürgern ist keine Injurie. 503. — k) Die Ausdrücke sind in der im Lande gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen. 503. — l) Und in der am wenigst beleidigenden. 505. — m) Ob bei Injuriensachen der Recurs zur Gnade zulässig ist. 256. S. Preßvergehen.

Insinuationen. a) Sie können alle an die Anwälte geschehen. 243. — b) Die Urtheile müssen auch den Theilen insinuirt werden, um rechtskräftig zu werden. 248. — c) für diese Insinuationen haben die Anwälte zu sorgen. 250. — d) Nothwendigkeit eines Gewalthabers zum Empfang der Insinuationen für Ausländer. 250. — e) Diesen sind auch die Urtheile zu insinuiren. 250.

Instructionen, an die Beamte binden die Unterthanen nicht. 319.

Inventarisation als Förmlichkeit der Ehescheidung auf wechselseitige Einwilligung.

a) Sie wird durch einen bloßen Vergleich der Eheleute nicht ersetzt. 128. — b) Und muß dem Verfahren vorhergehen. 127.

Irrthum, a) im Recht, begründet keine Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse. 76. — b) über Facta tertii, er wird nicht verziehen, wenn er culpos ist. 431.

Jugend. Ist kein rechtlicher Strafmilderungsgrund. 324.

Kanzleisässigkeit — des Fiscus. 108.

Kauf. a) Der Immobilien ist ohne schriftliche Abfassung giltig. 138. — b) Die Vorschrift des Anh. S. 92. a. — ist auf ihn nicht anwendbar. 92. — c) Verschiedenheit der emtio spei von der emtio de re sperata. 478.

Kaufschilling. Eintragung der Kaufsurkunde in das Grundbuch erhält das Vorzugsrecht. 47.

Kindesmord. a) Begriff und Strafe desselben. 436. — b) Strafmilderungsgründe. 437.

Klagegrund. a) Ob Aufstellung eines generellen Klagegrunds die Befugniß gebe, specielle Thatsachen nachzuschicken? 52. — b) Oder den Richter berechtige, specielle in den Akten liegende Momente seiner Entscheidung unterzulegen? ibid.

Kriegsfuhrfrohnden. a) Sind keine Reallasten, sondern Ausfluß der Unterthanspflicht; 414. b) sie sind vom Beständer zu leisten. 416.

Ladung. a) Oeffentliche Vorladung des unbekannten Inhabers einer verlornen Urkunde findet nicht statt, 18. sondern nur öffentliche Warnung gegen den Erwerb. 19.

Landrecht. a) Der Text der Brauerschen Uebersetzung ist in den Gerichten einzig anwendbar. 456. — b) der französische Text entscheidet nichts. 457.

Landfrohnden. Sie haften nicht als Reallasten auf den Grundstücken, sondern sind Unterthanenpflichten. 414.

Lehen. a) Unterschied zwischen Erblehen und Mannlehen. 179. — b) Deren Natur bestimmt sich aus dem Verhältnisse des Ober- und Nutzeigenthümers — aus dem Lehensvertrag. 180. — c) In reine Erblehen succediren alle Allodialerben. 181.

Lichtöffnungen, dürfen nur in eigener Mauer eingelegt werden; 466. — dicht in einer gemeinschaftlichen. 467.

Litisdenunciation, ist unzulässig: a) wenn der Grund, weshalb man den Litisdenunciaten später belangen will, in keiner privatrechtlichen Verbindung mit dem anhängigen Rechtsstreite steht. 383. 385. — b) Ueber einen Gegenstand, der nicht richterlicher Cognition ist. 383. — c) Gegen den Richter früherer Instanz als solchen. 371. — d) Sie erfordert nicht, daß der Richter auch in den künftigen Ansprüchen gegen den Litisdenunciaten competent sey. 384. —

Litispendenz — findet in Ansehung der Militärgerichte nicht statt. 447.

Majestätsverbrechen. Begriff und Strafe desselben. 224.

Mandatar. a) Er ſtellt mit dem Mandanten eine Perſon vor. 276. — b) Er haftet (nach gem. R.) für culpa levis (levissima) 308. — S. Gewalthaber.

Manifeſtationseid. S. Eid.

Mannlehen. Heimgefallene M. L. werden nicht eingeworfen. 260. — Rechtliche Verhältniſſe derſelben. 259.

Medicinalreferent. a) Er iſt nicht Mitglied des Collegii. 240. — b) Es iſt dem Ermeſſen des Gerichts überlaſſen, in welchen Fällen es deſſen Arbitrium einholen will. 236.

Milderungsgrund — der Strafe. — a) Als rechtlicher Strafmilderungsgrund gilt nicht die Jugend des Verbrechers, der über 14 Jahr alt iſt. 326. — b) Ob als ſolcher gelten können: Dummheit, ſchlechte Erziehung und Hülfloſigkeit des Verbrechers. 436. — c) Verſtandesſchwäche ſetzt die Strafe eines Verbrechens nicht herab, deſſen Strafbarkeit leicht einzuſehen iſt. 437.

Militärgerichtsbarkeit. a) Sie iſt an die Standeseigenſchaft geknüpft; beginnt und endet mit derſelben. 447. — b) Es findet keine Litispendenz in Anſehung derſelben ſtatt. 420.

Minderjährige. a) In Bezug auf deren Vermögen liegen dem Vater auch während des Beſtands der Ehe die Pflichten eines Vormunds ob. 43. — b) Sie haben ein Pfandrecht wegen des im Genuß des Vaters befindlichen Vermögens. 42. — c) Deren Befugniß im Ehevertrag zu ſchenken, und die, letztwillig zu verfügen, können cumulative ausgeübt werden. 461. S. Ehevertrag und Teſtament.

Minderung der Schenkungen wegen verletztem Pflichttheil. S. Schenkung.

Mord, a) verbunden mit Raub, verſchieden von Raubmord. 320. — b) Verſchiedenheit des Mords von einfacher Tödtung. 321.

Mühlenordnung. Streitigkeiten über Zuläſſigkeit von Aenderungen des Mühlenſtands gehören zur polizeilichen Cognition, bevor die rechtliche Befugniß verhandelt wird. 58.

Mundtodt. a) Der im erſten Grade für mundtodt erklärte iſt der ſtaatsbürgerlichen Rechte nicht unfähig. 142. — b) Er iſt kein unfähiger Teſtamentszeuge. 141.

Mundtodterklärung. a) volle — Sie erlischt nur durch einen Richterspruch. 142. — b) halbe. — Sie ist ein bloß polizeilicher Besserungsversuch. 139. — c) Deren Aufhebung kann auch stillschweigend geschehen. 142.

Nachtrag — zu einer processualischen Schrift ist, selbst wenn er vorbehalten ward, unzulässig. 20.

Negatorienklage. Wenn der Beklagte im Besitze ist, liegt dem Kläger der Beweis der Freiheit ob. 37.

Nichtigkeit, a) eines Rechtsgeschäfts. Eine solche ist nur anzunehmen, wo sie speciell gedroht ist. 137. — b) Des Verfahren ist nicht vorhanden, wenn der Gegentheil Gelegenheit hatte, sich zu erklären. 175.

Nichtigkeitsklage gegen provisorische Verfügungen — unzulässig. 175.

Nutznießung. a) Befreiung der Eltern von der Pflicht der Sicherheitsleistung. 45. — b) Es ist kein Unterschied in Bezug auf den väterlichen Nießbrauch, ob die Ehe noch bestehe oder nicht. 48. — c) Störung im Genuß der Nutznießung eines Zehntrechts begründet eine Besitzklage. 387.

Oberappellation, — findet wegen eines unwahren in den Entscheidungs-Gründen angeführten Rechtssatzes nicht statt. 366.

Obsignation. Sie befreiet für sich nicht von der Leistung des Offenbarungseides. 85.

Oberhofgericht. Bestimmung des zuständigen Richters durch dasselbe in Competenzstreitigkeiten. 121.

Oeffentliches Recht. Ueber Verpflichtungen des Staats, die aus öffentlichem Rechte entspringen, ist der Richter nicht competent. 383.

Offenbarungseid. S. Eid.

Ordinationssumme. a) Hiezu reicht bei den vor dem 1. Mai 1832. anhängig gewordenen Processen die Revisionssumme nicht hin. 4. — b) Getrennt eingeklagte Posten können nicht zusammengerechnet werden. 183. — c) Beim Sterbfall kommt nach §. 1174. Nr. 4. der Pr.-O. die Analogie der Servituten in Anwendung. 12. — d) Die geforderten Zinsen können eingerechnet werden. 3. — e) Nicht aber die

rechtskräftig abgesprochenen. ibid. — f) Proceßkosten werden nicht eingerechnet. 7. — g) Die Ordinationssumme wird auch dann für vorhanden angesehen, wenn die Entscheidung auf einen ganzen Complex von Gütern Einfluß hat. 12.

Pächter. S. Beständer.

Patrimonial-Gerichtsbarkeit. Durch Uebernahme derselben trat der Staat als Rechtsnachfolger in die Verpflichtungen der Grundherrn gegen deren Beamte. 285.

Patronatrecht. Es begründet allein keine Kirchen- und Schulhausbau-Pflicht. 101.

Pfandeintrag. S. Kaufschilling.

Pfandrecht. Ein gesetzliches Unterpfandsrecht steht den minderjährigen Kindern zu, deren Vermögen im elterlichen Nießbrauch ist, — selbst wenn die Ehe noch besteht. 42.

Pfleger — vormundschaftlicher. a) Ohne Verwaltung ist erblos vormundschaftlicher Beistand. 184. — b) Verantwortlichkeit eines solchen. ibid.

Pflichttheil. a) Er darf nicht verkürzt werden. 200. — b) und ist vom ganzen Vermögen zu berechnen. 206. — c) Durch Setzen auf den Pflichttheil wird die Vortheilsgerechtigkeit ausgeschlossen. 203.

Plenum. a) Es kann in einzelnen Rechtssachen nicht an die Stelle des Senates treten. 349. — b) In demselben ist bei Meinungsverschiedenheit der Senate über die Rechtsfragen im Allgemeinen zu deliberiren. 350. — c) Entscheidung der Competenzstreitigkeiten. 124.

Polizeidiener. Ihr untergeordnetes Verhältniß macht sie nicht zu unfähigen Zeugen, wo ihr Vorgesetzter Denunciant ist. 158.

Polizeiverordnungen. a) Verhältniß der polizeilichen Behörde zum Richter. 356. — b) Ueber Gegenstände, worüber sie verfügen, muß erst die Polizeibehörde entscheiden, bevor sie sich zum Rechtswege eignen. 463.

Praxis. a) Die den Gesetzen widerstreitende ist nicht zu beachten. 107. — b) Sie dient zur Erläuterung zweifelhafter Gesetze. 108.

Preßvergehen. a) Das für diese bestimmte Verfahren ist auf reine Injurien nicht anwendbar. 256. — b) Durch die

Censur verlieren Privatpersonen ihre Injurienklage nicht. 305. — c) Ob dies auch bei öffentlichen Stellen der Fall ist. 506.

Privilegien — sind nicht ausdehnend zu erklären. 447.

Provisorische Verfügungen. Gegen dieselben gibt es (nach altem Rechte) keine Nichtigkeitsklage. 175.

Provokationsklage. a) ex lege diffamari (nach altem Pr.-Recht) zulässig. 94. — b) Es findet keine statt, wenn durch ordentliche Rechtsmittel der Zweck auf gleiche Weise erreicht werden kann. 95.

Proceßkosten — sind in die Ordinationssumme nicht einzurechnen. — 7.

Proceßordnung. a) Sie trat am 1. Mai 1832. mit allen ihren Vorschriften in Kraft. 4. — b) Einfluß derselben auf den Geschäftsgang der Obergerichte. 64. — c) Sie ist in Ehescheidungsprocessen nicht anwendbar. 6.

Purifikation — eines Erkenntnisses auf Eid, geschieht von dem Gericht, von dem, oder aus dessen Auftrag der Eid abgenommen wird. 172.

Quittung — über das Kapital ohne Vorbehalt, wirkt die gesetzliche Fiction der Zahlung der vertragsmäßigen Zinsen, und die gesetzliche Vermuthung des Verzichts auf die Verzugs-Zinsen. 145.

Raub. a) Thatbestand desselben. 322. — b) Verbunden mit Tödtung, verschieden von Raubmord. 324.

Recurs zur Gnade. Ob er in Injuriensachen zulässig ist. 251.

Rechnersuntreue — ist a) verschieden von Unterschlagung. 117. b) Unter 50 fl. gehört sie zu den Polizeivergehen, und ist von der Dienstpolizeibehörde zu rügen. 118. — c) und berechtigt den Dienstherrn zur Dienstaufkündigung. ibid.

Rechtskraft. a) Damit sie eintrete, müssen die Erkenntnisse den Partheien selbst insinuirt werden. 249. b) Sie tritt nur in Bezug auf die wirklich verhandelten Materialien ein. 310. — c) Gegen dennicht adhärirenden Appellaten wird das Urtheil rechtskräftig. 4.

Rechtsnachfolger. Er ist durch die Handlungen seiner Rechtsvorfahren gebunden. 259.

Rechtswandlung. a) Eine solche liegt nicht in der Bekanntmachung der Cession an den abgetretenen Schuldner. 26. — b) Begriff derselben. ibid.

Register. Das Register der Pr.-O. entscheidet nichts. 9.

Regula Catoniana. Ob sie auf Testamente Minderjähriger, die erst nach erlangter Volljährigkeit sterben, anwendbar ist.

Rentenvertrag. Er ist auch ohne schriftliche Abfaßung gültig. 138.

Reparaturen. Unterschied zwischen Haupt- und Nebenreparaturen. 104.

Restitution. a) Gegen Versäumniß-Erkenntniße. Die Bitte um Restitution reicht nicht hin, es muß der versäumte Vortrag binnen der Wiederherstellungs-Frist eingereicht werden. 19. — b) Gegen rechtskräftige Erkenntnisse. Sie findet wegen Irrthum im Recht nicht statt. 76. — c) Sondern nur wegen thatsächlichen Verhältnissen. ibid. — d) Der Tod des Vorstands eines Collegii ist kein Restitutionsgrund gegen ein rechtskräftiges Versäumniß-Erkenntniß. 196.

Restitutionseid. Er ist erst nach der Vernehmlassung des Beklagten abzunehmen. 188.

Restitutionsklage. Nothwendigkeit des Erbietens zum Restitutionseid, und Specialvollmacht hiezu. 188.

Revierförster — sind keine Staatsdiener. 115.

Revision. a) Findet nach der Pr.-O. nicht mehr statt. 5. — b) Es kann bei den vor dem 1. Mai 1832. anhängig gewordenen Processen, in weiteren Instanzen die alte Revisionssumme als Appellationssumme nicht hinreichen. 4. — c) Superrevision findet noch statt gegen ein, nach dem 1. Mai 1832. publicirtes, aber früher gefälltes, reformatorisches Urtheil der 2. Instanz. 14.

Richter. Zur Competenz desselben gehört bloß das Richten, nicht die Beurtheilung der Zweckmäßigkeit der Gesetze. 166.

Ritterlehen. S. Mannlehen.

Schätzung. Bei der Erbtheilungsklage muß sie durch, von den Parteien gewählte, Sachverständige geschehen. 204.

Schenkung. a) Die Collationspflicht derselben fällt im Falle des Erbverzichts weg. 457. — b) Die Anfechtungsklage der Gläubiger wegen Gefährde erfordert den Beweis des Scha-

dens, und der Hinterlistigkeit. 429. — c) Sie verjährt in 1 Jahr. ibid. — d) Jede, den Pflichttheil verletzende, Schenkung unter Lebenden unterliegt der Minderungsklage, selbst wenn der Schenknehmer auf die Erbschaft verzichtet. 458. — e) Schenkungen unter Ehegatten im Ehevertrag, und Beschränkung derselben. 147. — f) Solche können durch ein Testament nicht aufgehoben werden. ibid. — g) Schenkung des gegenwärtigen und künftigen Vermögens; Wirkung derselben. 428.

Schenknehmer. a) Er haftet als solcher nicht für die Schulden des Schenkers. 429. — b) Ausgenommen, wenn wegen Gefährde die Actio Pauliana angestellt werden kann. 431.

Schulden. Sie haften auf der Person des Schuldners, nicht auf dessen Vermögen, Vorzugs- und Unterpfandsrechte ausgenommen. 428.

Schuldurkunde, deren Besitz gewährt noch kein Forderungsrecht. 17.

Schulhausbaupflicht, liegt in der Regel der Gemeinde ob, wenn nicht ein Urtheil, Geständniß oder Baufactum ein Anderes bestimmt. 99.

Senate, a) Verhältniß derselben zum Plene. 350. — b) Bei Aburtheilung einzelner Rechtsfälle kann an ihre Stelle nicht das Plenum treten. 349.

Servituten. a) Besitzklage bei unständigen Dienstbarkeiten. 391. — b) Berechnung der Appellationssumme. 12.

Sicherheitsleistung. Die Eltern sind von dieser Pflicht des Nutznießers befreit. 44.

Spielvertrag, Begriff und Unklagbarkeit derselben. 472.

Staatsanwalt. Dessen Vollmacht bei Injurien gegen öffentliche Stellen. 81.

Staatsdiener. a) Er steht mit dem Staate in einem Dienstvertrage. 283. — b) Hat daher das Recht auf das ungeschmälerte Verbleiben seines Diensteinkommens, selbst wenn seine Geschäfte verringert werden. 284. — c) Der Staat kann alle jene Dienstleistungen verlangen, welche dessen Kenntnissen angemessen sind. ibid.

Staatspapiere. Der Handel auf Coursdifferenz ist nach Bad. Rechte klagbar, und keine Wette. 471.

Staatsschreiber. Wo das Gesetz deren 2 verlangt, ge-

nügt der Amtsrevisor mit seinem Theilungscommissair nicht. 313. und 315.
S. Amtsrevisor und Theilungscommissair.

Stammgut. a) Der jeweilige Stammherr ist Eigenthümer und zu allen Eigenthumshandlungen befugt, so weit ihn die Gesetze nicht beschränken. 31. — b) Die Agnaten haben nur ein Successionsrecht. ibid.

Sterbfall, ist als ewige Last nach Analogie der Servituten zu beurtheilen. 11. — b) Berechnung der Appellationssumme. ibid. — c) Einfluß des Erkenntnisses über die Pflicht oder Nichtpflicht eines Guts, auf den Complex derartiger Güter. 12.

Strafe. Die Grade der Unternehmung eines Verbrechens, haben nur Einfluß auf das Strafmaaß, nicht auf die Strafgattung. 229.

Strafmilderungsgrund. — S. Milderungsgrund.

Streitgenossen. a) Die Einrede mehrerer Streitgenossen findet nach neuerem Proceßrecht nicht mehr statt. 30. — b) Nach altem Pr.-R. ist sie auf untheilbare Sachen beschränkt. 31. — c) Sie ist bei Stammgütern, wegen Betheiligung der Agnaten, nicht statthaft. 32.

Streitverkündigung. — S. Litisdenunciation.

Stückvermächtniß. Wenn es den Pflichttheil verletzt, ist es nicht zu versteigern, sondern gerichtlich abzuschätzen. 203.

Substitut. Nicht in loco wohnende Obergerichtsadvokaten bedürfen eines solchen zu Einreichung ihrer Schriften nicht. 246.

Taxordnung. Sie ist durch die Proceßordnung nicht aufgehoben. 443.

Testament. a) Der Minderjährigen. Ob die Mängel gegen den Art. 904. durch nachfolgende Volljährigkeit geheilt werden. 463. b) Die Befugniß der Minderjährigen zu schenken im Ehevertrag, und zu testiren, wird cumulative ausgeübt. 462. — c) Der Mangel der Erwähnung, daß das öffentliche Testament vom Staatsschreiber niedergeschrieben sey, macht es nichtig. 453. 270. — d) Blödsinnige können nicht testiren. 270. — e) Nichtigkeit wegen Gefährde und Zwang. 270. — f) Das Beirufen des Staatsschreibers zur Fertigung eines öffentlichen Testaments ist nicht vorgeschrieben. 273. — g) Unitas actus

ist kein Erforderniß eines öffentlichen Testaments. 275. — b) Die Einsetzung des Amtsrevisors macht das vom Theilungscommissär verfaßte Testament nicht ungültig. 273.

Testamentserbe. Die Braut des Staatsschreibers ist nicht unfähig. 272.

Testamentszeuge. a) Sie werden nicht bloß solennitatis gratia zugezogen. 277. — b) Sie sind, zum Beweise der Nichtigkeit eines Testaments, unglaubhaft, wenn sie das Gegentheil von dem bezeugen sollen, was sie beurkundet haben. 274. — c) Aber zulässig, wenn sie nicht zu ihrem Schaden aussagen sollen. 453. — d) Ein Vormund ist kein unfähiger Testamentszeuge; 50. — e) wohl aber der Groß-Onkel. 51. — f) Ein mundtodt Erklärter im ersten Grade ist fähig. 141. — g) Nicht aber ein Theilungscommissär, wenn der Amtsrevisor das Testament aufnahm. 314. — h) Ein Amtsrevisor gilt, wenn er bei öffentlichen Testamenten als Zeuge auftritt, nur für einen Zeugen. 312.

Theilungscommissär. a) Ob er selbstständiger Staatsschreiber ist. 315. — b) Er ist mit dem Amtsrevisor nicht als una persona zu betrachten. 274. — c) Außer wenn beide bei demselben Geschäfte concurriren. 312. 316. — d) Die Aufnahme eines Testaments durch denselben im eigenen Namen macht es nicht ungültig. 311. — e) Er ist ein unfähiger Zeuge bei dem vom Amtsrevisor aufgenommenen Testamente. 314.

Thatsachen. a) Neue Thatsachen und Beweise müssen in Appellatorio in den betreffenden Schriftsätzen vorgetragen werden. 71. — b) Der Appellat kann es jedoch noch in der mündlichen Verhandlung thun. 367.

Trunkenheit. a) Wann ist sie ein Ungültigkeitsgrund eines Vertrags? 210. — b) Ob sie in Strafsachen imputationsunfähig mache? 345.

Tumult. Begriff dieses Verbrechens. 153.

Unfähigkeit — des Richters wegen Betheiligung. 123.

Unitas actus, — ist kein Erforderniß eines öffentlichen Testaments. 275. 278.

Unterpfandsrecht. S. Pfandrecht.

Urkunde. a) öffentliche. Wer die Falschheit einer öffent-

lichen Urkunde behauptet, muß den Beweis führen. 269. — b) Eine in der Form angefochtene öffentliche Urkunde ist nicht vollbeweisend. 270. — c) Vom Bürgermeister ausgefertigte Urkunden gelten nicht für öffentliche. 128. 370. — d) Privaturkunde. Der Mangel der doppelten Ausfertigung macht sie nichtig. 365. — e) Dieser Mangel wird nicht durch Deposition der Urkunde bei einem Dritten gehoben. 487. f) Ebenso wenig durch Anerkennung derselben. 488. — g) Jedoch können solche Urkunden einen Anfang des schriftlichen Beweises abgeben. 486. — h) Die doppelte Ausfertigung ist nöthig, selbst wenn die Contrahenten denselben Zweck beim Geschäft haben. 487. — i) So wie bei partikulären Handelsgesellschaften. 488. — k) Durch Nichtigkeit der Urkunde wird jedoch nicht auch das Geschäft nichtig. 137. — l) Ein Referens sine Relato beweist nichts. 286. — m) Der Besitz einer Schuldurkunde gibt für sich noch kein Forderungs-Recht. 17. und 402.

Urtheile — müssen zur Beschreitung der Rechtskraft den Partheien selbst insinuirt werden. 248.

Verfahren. a) Wenn schriftliches Verfahren nachgesucht wird, muß die Genehmigung der Gegenpartei vorgelegt werden. 72. — b) Nothwendigkeit einer Specialvollmacht. ibid. c) Ob dies Verfahren nachtheilig für den Geschäftsgang ist. 355. — d) Verletzungen von Vorschriften des Verfahrens haben keinen Einfluß, wenn der Beschwerdeführer keinen Nachtheil erweiset. 91. — e) Vergleichung des frühern Proceßverfahrens mit dem neuen, und ob der Geschäftsgang durch das letztere gewonnen habe? 69.

Vergiftung — einer Haushaltung. 59.

Vergleich. a) Ist kein Schriftvertrag. 136. — b) Und auch ohne schriftliche Abfassung giltig. 134. — c) Die darüber aufgenommenen Urkunden bedürfen der doppelten Ausfertigung. 377. — d) Der Beweis kann durchaus nicht durch Zeugen geführt werden, wohl aber durch Eideszuschiebung 135. — e) Ein in allgemeinen Ausdrücken abgefaßter Vergleich ist bindend in Bezug auf alle darin begriffenen Gegenstände. 176. — f) Begriff eines allgemeinen Vergleichs. 175. — g) Vergleich der Ehegatten, ohne vorhergehende Inventarisa-

tion reicht als Förmlichkeit der freiwilligen Ehescheidung nicht hin. 128.

Verjährung. a) Die kurze Verjährung der Wandelklage ist auf die Entschädigungsklage wegen heimlicher Mängel nicht auszudehnen. 92. — b) Die Verjährung der Actio Pauliana läuft, auch wenn der benachtheiligte Gläubiger die Veräußerung nicht kannte. 431. — c) Die unvordenkliche Verjährung begründet bei unständigen Dienstbarkeiten keine Besitzklage. 390. — d) Die Einrede der Verjährung muß in facto gehörig begründet werden. 93.

Verlierende. Präsumption für denselben in zweifelhaften Fällen 210.

Vermißt. Wer als solcher zu betrachten sey? 34.

Verordnungen, — wenn sie nicht publicirt sind, binden die Unterthanen nicht, selbst wenn sie sonst Kenntniß davon haben. 322.

Verpächter. — S. Bestandgeber.

Verschollenheitserklärung. Einer solchen bedarf es nicht, um Vermißte von einer ihnen angefallenen Erbschaft auszuschließen. 35.

Versehen. a) Außer einem Contractsverhältniß haftet jeder für jede Culpa; (nach gem. R.) 307. — b) Ebenso bei einer obligatio faciendi; — c) und wenn sich Jemand zu einem Geschäfte aufdrang. 308.

Verstandesschwäche. Ob solche ein Strafmilderungsgrund ist? 437.

Versteigerung eines Erbschaftsgrund-Stücks findet nicht statt, wenn ein Erbe einen speciellen Rechtstitel darauf hat. 202.

Vertagung. Ob das erste Gesuch einer Vertagung nicht abgeschlagen werden kann? 66.

Verträge. a) Begründen Rechtsverhältnisse nur unter den Theilen. 284. — b) Und deren Rechtsvertreter. 286. — c) Ob sie nach den Gesetzen des Orts des Abschlusses zu beurtheilen sind? 470.

Verwendungen bewirken als solche für sich nicht die Pflicht des Rückersatzes. 378.

Verwundung. a) Thatbestand derselben. 344. — b) Solche ist auch ohne Nothwendigkeit ärztlicher Hilfe anzunehmen,

wenn eine besondere Verletzung schuldiger Ehrfurcht dabei unterlief. 345.

Verzicht. a) Auf eine nicht angefallene Erbschaft ist ungültig. 186. — b) Auf eine angefallene Erbschaft kann er gültig auch vor dem Amtsrevisorat geschehen. 186. — c) Verzicht auf die Gütergemeinschaft befreit bei der Errungenschaftsgemeinschaft die Frau nicht von der Zahlung der Hälfte der Eheschulden. 297.

Verzugszinsen. — S. Zinsen.

Vollmacht. a) Sie muß entweder den Substituten angeben, oder Befugniß zur Substitution ertheilen. 73. b) Mangel derselben macht ein obsiegliches Urtheil nicht nichtig. 173. — c) Vollmacht des Staatsanwalts bei Injurienklagen öffentlicher Stellen. 80. — d) Specialvollmacht zur Nachsuchung des schriftlichen Verfahrens. 72. — e) Specialvollmacht zur Eidesdelation, kann in 3ter Instanz nicht nachgetragen werden. 88.

Vorbereitungen zum Verbrechen. 229.

Vormund. a) Auch die Eltern haben die Verbindlichkeit eines solchen in Bezug auf das in ihrem Nießbrauch befindliche Vermögen ihrer minderjährigen Kinder. 42. — b) Er ist kein unfähiger Testamentszeuge. 50.
S. Gegenvormund.

Vormundschaft. Die gesetzliche Vormundschaft der Mutter wird nicht stillschweigend abgelehnt. 193.

Vortheilsgerechtigkeit, kann nicht angesprochen werden gegen die auf den Pflichttheil gesetzten Kinder. 204.

Vorzugsrechte. Die des L. R. S. 2101. — 2103. gehen selbst den ältern Unterpfandsgläubigern vor. 44. — 47.

Waarenfälschung. — S. Fälschung.

Wandelklage. Kurze Verjährung derselben. 92.

Wasser. Der Richter muß die auf fließende Wasser bezüglichen Polizeivorschriften beobachten. 359.

Wette. a) Zum Begriff derselben gehört ein festbestimmter Thatumstand, und eine festbestimmte Summe des Gewinns oder Verlustes. 476. — b) Sie ist nicht klagbar. 475. — c) Verschiedenheit derselben vom Differenzienkauf. 476.

Wettschlagung. — S. Compensation.

Widersetzlichkeit. Begriff dieses Verbrechens. Es wird nicht in öffentlicher Zusammenrottung begangen. 153.

Zahlung. Aufrechnung derselben. 145.

Zehntrecht. Störung in der Nutznießung desselben begründet eine Besitzklage. 387.

Zeugen, a) sind unglaubhaft, wenn sie an dem Ausgange des Processes betheiligt sind. 272. — b) Ueber Beweisartikel, worüber in früherer Instanz bereits Zeugen abgehört wurden, können noch weitere Zeugen vernommen werden. 77. — c) Die Aussage des Vaters gegen den inculpirten Sohn begründet einen halben Beweis. 345. — d) Zollgardisten sind in Defraudationssachen verdächtige Zeugen; 58. — e) Nicht aber Förster und Forstbediente als Anzeiger der Forstfrevel und Wildereien. 56. — f) So wie auch Polizeidiener als Denuncianten. 158. — S. Testamentszeuge.

Zeugenbeweis ist unzulässig, wenn die Zeugen zu ihrer eigenen Schande aussagen sollen. 453.

Zinsen. a) Können durch eine besondere Klage gefordert werden. 143. — b) Unbedingte Quittung über das Kapital wirkt die Fiction, daß die vertragsmäßigen Zinsen bezahlt seyen. 144. c) Und die gesetzliche Vermuthung, daß auf die Verzugszinsen verzichtet sey. 145. — d) Gebetene Zinsen, worauf nicht erkannt ist, gelten für abgesprochen. 4. — e) Die Zinsen werden in die Appellationssumme eingerechnet. 3. — f) Wenn sie nicht rechtskräftig abgesprochen sind. — g) Verzugszinsen entstehen durch das Setzen in den Verzug. 144. 287. — h) Wer sie verlangt, muß beweisen, daß er sie zu rechter Zeit (nicht nach Abzahlung des Kapitals) verlangt habe. 146.

Zollgardisten sind wegen ihrer Betheiligung in Defraudationssachen für verdächtige Zeugen anzusehen. 58.

Zweideutigkeiten sind nach dem im Lande üblichen Sprachgebrauch zu interpretiren. 485.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google